الخطأ الطبى الجراحى

فى الشريعة الإسلامية
والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية



المستشار
منير رياض حنا
رئيس محكمة الاستئناف

دار الفكر الجامعى
٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

الخطأ الطبي الجراحي

في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية
والأوربية والأمريكية
أبحاث مقارنة في الجراحات التخصصية
نقل وزراعة الأعضاء - التجميل - تحويل الجنس
التعقيم - الرتق العذري للفتيات
أبحاث فقهية وتطبيقات قضائية في الخطأ الطبي الفردي
وخطأ الفريق الطبي فضلاً عن تقدير
الخطأ الطبي ومعياره وإثباته

المستشار

منير رياض حنا

رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى

٢٠٠٨

دار الفكر الجامعي
٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

إسم الكتاب : الخطأ الطبى الجراحى

المؤلف : منير رياض حنا

الناشر : دار الفكر الجامعى

٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية - ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)

E.Mail : Magdy_Kozman 2010@yahoo.com

الطبعة : الأولى

سنة الطبع : ٢٠٠٨

رقم الايداع : ٢٢٣٢٠ / ٢٠٠٧

رقم الدولى : 977 - 379 - 048 - 8

إنك لا تعرف الأمور ما لم تعرف أشباهها ، ولا عواقبها ما لم تعرف أقدارها . ولن يعرف الحق من يجهل الباطل . ولا يعرف الخطأ من يجهل الصواب . وكيف يعرف السبب ، من يجهل المسبب !

« الجاحظ »

إهــداء

إلى الساعين فى إثر الحق ...

والباحثين عنه فى كل مكان ...

فى كهوف العلم العميقة والمتعمقة ...

ووسط لجج المعرفة !

وفى سحاب المعرفة، إذ يجدوه ...

يرفعهم ... وينزعهم ...

أغلالاً من العبودية ...

وقيوداً من الظلم ...

وأصفاداً من التمييز والمحاباة !

وإذ يستريح فى قلوبهم ...

يبدلهم خيراً ... مزيداً من ...

رفعة الحرية ...

وعزة العدل ...

وكرامة المساواة !

المؤلف

كلمة المؤلف

١- يعد موضوع الأخطاء الطبية ، والجراحى منها على وجه الخصوص ، من الموضوعات ذات الأهمية الخاصة فى زماننا المعاصر ، وذلك بالنظر لما أحدثته التكنولوجيا الحديثة من تقدم فى كل المجالات ، ومنها المجال الطبى . هذا إلى إنتشار المؤسسات العلاجية ، وإتساع دائرة التخصص الطبى ، وذلك نظراً لظهور وتزايد العديد من الأمراض التى لم تكن معروفة من قبل ، أو معروفة ، ولكن بمعدل أقل من المعدلات الحالية .

وعلى العموم ، فقد أدى هذا إلى إبتكار أنواع جديدة من العلاجات ، والجراحات ، التى لم تكن منتشرة من قبل ، كعمليات التجميل ، وزراعة الأعضاء ، وتحويل الجنس ، وغيرها . كذلك فقد أحدثت التكنولوجيا الحديثة أيضاً - ومن جهة أخرى - زيادة فى أعداد الحوادث الناشئة عن إستعمال وسائل النقل الحديث ، والآلات ، والأجهزة ، والمعدات الحديثة بوجه عام ، مما إنعكس بأثر واضح على العمل الطبى الجراحى ، بوجه خاص ، وما أدى إليه ذلك من إستحداث أنواع عديدة من الجراحات ، التى كان لها شأن غير قليل ، فى التخفيف من آلام المصابين من هذه الحوادث .

وعلى أى الأحوال ، فقد كان طبيعياً أن يكون من نتيجة اللجوء إلى مثل هذه الجراحات ، أن تزداد الأخطاء الطبية ، كرد فعل طبيعى لإتساع دائرة العمل الجراحى ، وتغلغله فى الجسم الإنسانى ، وهو المعروف بغموضه ، وإستعصاء الكثير من أمراضه ومشاكله ، على العلاج .

ولذلك ، فلم يكن غريباً أن تطالعنا الصحف اليومية ، بشكل مطرد ، عن إتساع دائرة الأخطاء الطبية ، وما يستتبع ذلك من

صعوبة إثبات الخطأ الجراحى ، وكثرة الإجراءات ، وتعقيدها ، مما يدفع بالبعض أحياناً ، إلى الإنسحاب من ميدان المطالبة بالحق فى التعويض ، توفيراً للجهد ، والوقت ، والمال .

وبالمناسبة ، فقد قرأت فى جريدة « الأخبار » رأياً ، يقول صاحبه :

«بداية يبدأ المجنى عليه ، أو أسرته ، إذا نتج عن الإهمال الطبى وفاة المريض نفسه ، فى تقديم بلاغ للنيابة العامة ، وتقديم المستندات المؤيدة لبلاغه . وعقب ذلك ، تستدعى النيابة الطبيب المتهم، لمواجهته بالإتهامات . ويطلب من الطبيب تقديم تقرير طبى عن العملية الجراحية ، وظروف وكيفية إجرائها . وفى الطب الشرعى تبدأ رحلة معاناة المريض ، بسبب طول مدة الإجراءات ، التى قد تصل إلى سنوات . يقول الدكتور كمال السعدنى ، مساعد كبير الأطباء الشرعيين ، أنه فى حالة وصول جثة المتوفى ، أو المصاب بالإهمال الطبى ، يتم إتخاذ عدة إجراءات ، كأن يطلب من النيابة تقرير يتضمن أقوال الطبيب المتهم ، وتقارير الأطباء الذين باشروا حالة المريض ، أو المتوفى ، ثم يتم تشريح الجثة ، أو فحص المريض . وإذا كان هناك مسألة فنية متخصصة ، يتم الإستعانة بإستشارى الطب الشرعى ، لأخذ الرأى الفنى ، ثم يتم إعداد التقرير الطبى ، ويعرض بعد ذلك على المكتب الفنى لكبير الأطباء الشرعيين للرأى النهائى » .

إلى هذا الحد بلغت أهمية وخطورة هذه الأخطاء !!

إلى هذا الحد بلغت صعوبة وتعقيد إثبات هذه الأخطاء !!

الواقع أننا لسنا بحاجة إلى تشريع يشدد العقوبة على الأطباء، كما يحلو للبعض أن ينادى بذلك ، بقدر ما نحن بحاجة إلى تدريبهم ، وتثقيفهم ، وإعدادهم إعداداً جيداً لمزاولة هذه المهنة

العظيمة والجليلة . وليس من سبيل أمامنا إلا أن تتكاتف جهود كل الجهات المعنية ، لرفع مستوى كفاءة الأطباء ، بأن تنظم لهم الدورات التدريبية ، والمؤتمرات العلمية ، فضلاً عن إطلاعهم ، بصفة مستمرة ، على كل جديد فى مجال العلوم الطبية ، من خلال المجلات ، والنشرات الطبية ، وما إليها . وفوق كل هذا إعداد كوادر ذات مستوى رفيع ، تتولى تدريب الأطباء الجراحين ، وأطباء التخدير ، مع توفير كافة الإمكانات المؤدية إلى تحقيق هذا الغرض . أيضًا الإستعانة بالخبرة الأجنبية فى التدريب ، والتعليم ، سواء كان ذلك بمصر ، أم بالخارج .

خلاصة القول :

إن الأطباء هم ثروة قومية ، يتعين أن ننهض بها ، فهى ملاذ الإنسانية ، وأمان البشرية ، فقد قيل عن علمهم : « العلم علمان : علم ينفع ، وعلم يرفع . فالنافع هو : الطب ، والرافع هو : الفقه فى الدين » [1] .

وبعد :

فهذا الكتاب هو بثقة نور نهديها لكل رجال القانون ، ورجال الطب . يلقى بالضوء على الأخطاء الجراحية ، ويسهم بقدر ما فى إثراء كل من المكتبتين القانونية والطبية ، ويسعى فيما يسعى إليه، إلى تكوين ثقافة عملية ، أكثر مما هى نظرية ، فآفاق العلم غير محدودة ، ولكن علينا ألا نتوقف ، بل ننهض لكى ندرك ، ليس فقط ما أدركه الآخرون ، بل كلما إستطعنا إلى الأفضل ، والله المعين .

المؤلف

---

(١) المخلاه للعاملين – ص١٨ . عن دكتور أسامة السيد عبد السميع – نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، بين الحظر والإباحة – ٢٠٠٦ – ص٤ .

الخطأ الطبى الجراحى

٢ - خطة الكتاب :

إذ نيمم شطر مبحث الخطأ الطبى الجراحى ، نبدأ المسير بالتعرف على خطأ الطبيب فى الشريعة الإسلامية ثم انتقالاً إلى طبيعة العمل الطبى والمسئولية الطبية ، وفى طريقنا نمر على طبيعة ومضمون التزام الجراح ، فإذا ما قطعنا هذه المسافة ، إنطلقنا نحو دائرة الخطأ الطبى بوجه عام ، ثم عرجنا بعد ذلك على الخطأ الطبى الجراحى ، بمفهومه الخاص ، حتى إذا ما شارفنا غايته ، كان علينا أن نولى وجوهنا صوب الخطأ الطبى فى الجراحات التخصصية ، وقبل أن ننتهى من رحلتنا هذه ، يتعين علينا أن نعطف على ساحة إثبات الخطأ الطبى ، ولدى خروجنا منها ، نكون قد بلغنا نهاية المطاف ، إذ نرسوا عند أعتاب سلطة المحكمة فى فحص وتقدير الخطأ الطبى، وهناك نتوقف ... وهناك نحط الرحال .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقطع خطوات هذا البحث ، جرياً على النحو التالى :

- مبحث تمهيدى :خطأ الطبيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية .
- الفصل الأول : طبيعة العمل الطبى والمسئولية الطبية .
- الفصل الثانى : طبيعة ومضمون إلتزام الجراح .
- الفصل الثالث : الخطأ الطبى بوجه عام .
- الفصل الرابع : الخطأ الطبى الجراحى .
- الفصل الخامس : الخطأ الطبى فى الجراحات التخصصية .
- الفصل السادس : إثبات الخطأ الطبى .
- الفصل السابع : سلطة المحكمة فى فحص وتقدير الخطأ الطبى.

مبحث تمهيدى
خطأ الطبيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية

٢م- لماذا نبدأ بالشريعة الإسلامية ؟

كان من الطبيعى ، وقد أصبحت الشريعة الإسلامية - طبقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصرى - هى المصدر الرئيسى للتشريع فى مصر ، أن نعنى بداية ببحث المسئولية الطبية من خلال مصادرها الرئيسية ، أى من خلال المبادئ والأحكام التى أرستها الشريعة الإسلامية ، وذلك إيماناً منا ، بأننا إذ نبدأ بالعناية بالجذور ، يليق بنا أن نتطلع إلى جنى المزيد - بل الحلو - من الثمار !

٣- تمهيد :

يتطلب منا البحث فى خطأ الطبيب فى الشريعة الإسلامية ، أن نعرض أولاً لمسئولية الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق ، ثم من بعد للخطأ الطبى عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم للحكم فى حالة ثبوت خطأ الطبيب ، وأخيراً لخطأ الملحقين بالطبيب فى الشريعة الإسلامية ، وذلك على النحو التالى :

٤- أولاً : التفرقة بين مسئولية الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق :

فى مجال المسئولية الطبية ، يفرق الفقهاء بين مسئولية الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق . وعلى الرغم من إتفاقهم حول مسئوليته ، فقد إختلفوا حول الحكم فى حالة الإذن أو عدم الإذن له بالعلاج . وذلك على التفصيل التالى :

٥- (أ) مسئولية الطبيب الجاهل :

وتبدو مسئولية الطبيب الجاهل - عند فقهاء الشريعة الإسلامية - مسئولية مطلقة ، بحيث لا يلزم إثبات خطئه .

وكيفيه تصديه للعلاج بجراحة أو وصف دواء ، سواء علم المريض جهله أو لم يعلم على رأى ، وبإشتراط إغترار العليل وعدم معرفته بحال هذا الطبيب، على رأى آخر (١) . وفيما يلى ، تفصيل ذلك .

٦- (١) مسئولية الطبيب الجاهل الذى لا يعلم جهله :

بداية ، فقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية وجوب منع الطبيب الجاهل الذى يخدع الناس بمظهره ، ويضرهم بسوء طبه من العمل.

ومن القواعد المقررة فى الحجر أن ثلاثة يحجر عليهم أى يمنعون من العلم ، وهم المفتى الماجن ، والمتطبب الجاهل ، والمكارى المفلس. ونص الإمام أحمد على أنه إذا قام بأعمال التطبيب شخص غير حاذق فى فنه ، فإن عمله يعتبر عملاً محرماً .

والقاعدة الشرعية أن من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الغير نتيجة هذه المزاولة ، وفى مسئولية الطبيب الجاهل حديث صريح « من تطبب ولم يعلم عنه الطب قبل ذلك فهو ضامن » . وفى رواية أخرى « من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن » .

وقد رتب علماء الشرع على ذلك أن الطبيب الجاهل إذا أوهم المريض بعلمه فأذن له بعلاجه لما ظنه من معرفته ، فمات المريض، أو أصابه تلف من جراء هذا العلاج ، فإن الطبيب يلزم بدية النفس أو بتعويض التلف على حسب الأحوال (٢) .

وينفى الفقهاء القصاص عن الطبيب الجاهل ، إستناداً إلى أنه إذا كان قد عالج المريض فهو قد عالجه بإذنه . وفى ذلك يقول

---

(١) د . محمد أحمد سراج – ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى – ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م – بند ٤٥٢ – ص٥٧٩ ، ٥٨٠

(٢) ويرى الدكتور سراج عدم اشتراط اغترار العليل، إعمالاً لإطلاق الحديث ، ولأن ظاهر الحال يدل على هذا الاغترار ، فإن أحداً لا يرضى بإضرار نفسه، فإقدامه على الإذن للطبيب بالجراحة أو بوصفه الدواء دليل على ثقته فى خبرته، فإذا انعدمت هذه الخبرة ، دل هذا على الاغترار . (المرجع السابق) .

الخطابى «لا أعلم خلافاً فى أن المعالج إذ إتعدى فتلف المريض كان ضامناً » والمتعاطى علماً أو عملاً لا يعرفهم متعد . فإذا تولد من فعله التلف ضمن الديه ، وسقط عنه القود - وهو القصاص - لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض . وفى رأى أن القصاص لا يسقط، لأن الإذن وقع على شئ محرم ، فكان يجب على المأذون أن يرتدع ولا ينساق مع الإذن .

وعلى كل فإنهم لا ينفون عنه التعزير بحسب ما يراه الحاكم . ويراد بالتعزير العقوبات غير القصاص وغير الحدود ، كالحبس والضرب والغرامة إلخ . وقد قال القاضى بن فرحون المالكى . « وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيه وعرض نفسه ، فهو ضامن لجميع ما وصفنا فى ماله . ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئًا. وعليه من الإمام العدل العقوبة الموجعة ، يضرب ظهره ، وإطالة سجنه . والطبيب والحجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وصفنا فى الخاتنة » (١) .

٧- (٢) مسئولية الطبيب الجاهل الذى يعلم المريض جهله :

ويشترط البعض لضمان الجاهل بالطب ألا يعلم المريض جهل هذا الطبيب ، وأن يستر على المريض جهله . وفى هذا يقول إبن القيم: المتطبب الجاهل (إذا باشرت يده من يطبه فتلف به ، فهذا إن علم المجنى عليه أنه جاهل لا علم له ، وأذن له فى طبه لم يضمن . ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرَّ العليل ، وأوهمه أنه طبيب ، وليس كذلك . وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له فى طبه لأجل معرفته ، ضمن الطبيب ما جنت يداه ، وكذا إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه وتلف به ، ضمنه والحديث ظاهر فيه ، أو صريح) (٢) .

---

(١) د . محمد فائق الجوهرى، المسئولية الطبية فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول - ١٩٥٢ - ص ٣١، ٣٢، الهامش رقم (١) .

(٢) د . سراج - السابق - بند ٤٥٢ - ص٥٧٩ .

ولعل القصاص لا يسقط هنا أيضاً بحسب الرأى الذى أشرنا إليه فى صدد الكلام عن الطبيب الجاهل الذى يغرر بمريضه فيوهمه بعلمه. كما أن حق التعزير يظل لولى الأمر لأن العقوبة الجنائية لا يسقطها دائماً رضاء المجنى عليه أو تنازله عن حقه (١) .

٨ - (ب) مسئولية الطبيب الحاذق :

إن المتتبع لآراء الفقه الإسلامى - فى مجال المسئولية الطبية - ليستشف منها أن الفقهاء قد إتجهوا نحو التضييق من نطاق مسئولية الطبيب الحاذق بشكل واضح .

والطبيب الحاذق هو من أعطى الصنعة حقها وبذل غاية جهده فى العناية ، ولم يحصل منه تقصير فى البحث والإجتهاد كأن يهمل فى فحص المريض . أو يتسرع فى وصف الدواء . فيترتب على ذلك ضرر بالمريض أو وفاته .

ولعل مرد ذلك إلى إيمان هؤلاء الفقهاء بأن هذا هو الأدعى إلى النهوض بمهنة الطب ، كما بالأساليب الطبية العلاجية ، وحتى لا تفقده عن أداء رسالته خشية من مسئولية تلاحقه ، أو من قصاص ينتظره . ويتضح ذلك من خلال إعتبار عمل الطبيب أدء الواجب لا يصح تقييده إلا بشروط ، سيما شرط الحصول على إذن المريض ، أو وليه، إلا أن المسألة - مع ذلك - كانت مثاراً للجدل بين الفقهاء .

وفيما يلى نتناول كل من هذه الأمور بشئ من التفصيل :

٩ - (١) اعتبار عمل الطبيب أداء لواجب لا يصح تقييده إلا بشروط :

أما الطبيب الحاذق فلا يسأل عن الضرر الذى يصيب المريض ، مات المريض من جراء العلاج ، مادام المريض قد اذن له بعلاجه ، ولم يقع من الطبيب خطأ فى هذا العلاج ، بل كان الضرر أو الموت

---

(١) د / الجوهرى - السابق - ص٣٢ .

الحاصل نتيجة أمر لم يكن فى حسبان الطبيب ، أو ما نسميه نحن الآن بما لا يمكن توقعه ولا تفاديه .

ويعتبر فعل الطبيب فى هذه الحالة من قبيل الفعل المشروع الذى يؤدى إلى الموت ، ويكون الموت هنا بالسراية كقطع اليد قصاصًا أو حدا سرت فيه الجراحة ، فمات المقطوع مع الإحتياط لمنع ذلك .

وقد اتفق الفقهاء على أن الموت إذا جاء نتيجة لفعل واجب مع الإحتياط وعدم التقصير لا ضمان فيه . ومن القواعد المقررة شرعاً أن عمل الطبيب عند الإذن بالعلاج أو عند طلبه بعد واجبًا . والواجب لا يتقيد بشرط السلامة . ولو أن واجب الطبيب متروك لإختياره وحده ولإجتهاده العلمى والعملى ، فهو أشبه بصاحب الحق لما له من السلطان الواسع والحرية فى إختيار طريقة العلاج وكيفيته [1] .

على أن الفقهاء قد إختلفوا فى تعليل رفع المسئولية . فرأى أبو حنيفة أن العلة ترجع إلى الضرورة الإجتماعية وإذن المجنى عليه أو وليه. ورأى الشافعى وأحمد أن العلة هى إذن الحاكم أولاً ، وإذن المريض ثانياً . وبإجتماع هذين الشرطين لا مسئولية على الطبيب . إلا إذا خالف أصول الفن أو أخطأ فى فعله . فمدار إنتفاء المسئولية عن الطبيب عند علماء الشريعة الإسلامية فى أربع : إذن الشارع ، ورضاء المريض ، وقصد الشفاء ، وعدم وقوع خطأ من الطبيب . وقد جمعها إبن القيم فى قوله ﴿ أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه إتفاقاً ، إذا أذن له المريض بعلاجه ، وأعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده ، إذا تولد من فعله، المأذون من جهة الشارع ، ومن جهة من يطبه ، تلف النفس أو العضو أو ذهاب صفه ﴾ [2] .

---

(١) د . الجوهرى – السابق – ص٣٢ .

(٢) د. الجوهرى – السابق – ص٣٢ ، ٣٣ .

١٠ - (٣) أثر الإذن فى إسقاط الضمان عن الطبيب إن كان متعدياً :

من المسائل التى ثارحولها الجدل الفقهى ، هى أثر الإذن للطبيب الحاذق فى إسقاط الضمان أو إيجابه ، بناء على أن الضمان بالتعدى . فرأى البعض أنه لا أثر للإذن فى إسقاط الضمان ، إن كان الطبيب متعدياً ، كما انه لا أثر فى إيجابه إن لم يكن متعدياً . ويرد الذين إشترطوا الإذن هذا الرأى بناء على أنه لا حق له فى القطع بدون إذن من له حق الإذن ، فكان متعدياً (عند عدم الإذن ، غير متعد عند الإذن)[١] .

وفى ذلك يقول إبن القيم الجوزية : « طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، فقطع سلعة (السلعة زيادة تحدث فى البدن كالغدة تتحرك إذا حركت وقد تكون من حمصة إلى بطيخة) ، من رجل أو صبى أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه ، أو ختن صبياً بغير إذن وليه ، فتلف ، فقال أصحابنا يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه . وإن أذن له البالغ أو ولى الصبى أو المجنون لم يضمن . ويحتمل أن لا يضمن مطلقاً ، لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل . وأيضاً فإنه إن كان متعدياً فلا أثر لإذن الولى فى إسقاط الضمان . وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه . فإن قلت هو متعد عند عدم الإذن ، غير متعد عند الإذن . قلت العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو فلا أثر للإذن وعدمه فيه . وهذا موضع نظر » [٢] .

١١ - ثانياً : الخطأ الطبى عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية – فى نطاق المسئولية الطبية –

---

(١) د. سراج – السابق – بند ٤٥٢ – ص٥٨٠ .

(٢) راجع زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم الجوزية – الجزء الثانى – ص١٠١، ١٠٢ .

بين الخطأ والتقصير ، كما أنهم كانوا ينفون الخطأ عن الطبيب فيما هو من إطلاقاته . تشجيعاً له على البحث ، وتوسعة لآفاق علم الطب.

وفيما يلى ، نتولى بيان ذلك ، بشئ من التفصيل :

١٢ - (أ) التفرقة فى المسئولية بين خطأ الطبيب وتقصيره :

فى نطاق المسئولية الطبية ، نص فقهاء الشريعة على وجوب الضمان على الطبيب الذى يحصل منه تهاون ، لأن فيه تعدياً على الأرواح بالاتلاف. وقد أجمعوا على أن التقصير من التعدى ، وعلى وجوب الضمان عند ذلك إن لم يجب القصاص . وهم يفرقون بين الخطأ او التقصير ، وعندهم ان الأول لا عدوان فيه والثانى فيه عدوان(١) .

وتوضيح ذلك ، أن الفقهاء قد نظروا إلى الطبيب على أنه قد التزم تجاه المريض بعمل ، فيلزم أن يؤديه على وجهه ، بحكم الاتفاق أو العقد . فإذا ما قام بواجبه ، ولم يتجاوز أو يقصر، لم يكن مسئولاً عما يحدث لمريضه مما لا يمكن التحرز منه ، لأن القاعدة أن (ما لا يمكن التحرز منه لا ضمان فيه) (٢) .

ومن أمثلة ذلك ، ما ورد فى حاشية الدسوقى من أنه « إذا ختن الخاتن صبياً أو سقى الطبيب مريضاً دواء أو قطع له شيئاً فمات من ذلك ، فلا ضمان على واحد منهم لا فى ماله ولا على عاقلته لأنه مما فيه تغرير (أى احتمال مما لا يمكن الإحتراز منه) فكأن صاحب هو الذى عرضه لما أصابه ، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ فى عمله » (٣) .

---

(١) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥ .

(٢) د. سراج – السابق – بند ٤٤٨ – ص٥٧٥ ، ٥٧٦ .

(٣) نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية – د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه – ١٩٩٣ – ص٤٠ ، ٤١ .

كمـا ورد فى حـاشـيـة حـجـازى الـعـدوى « أن الـطـبـيـب يـضـمـن إذا قـصـر، كـأن أراد قلع سن فـقلع غيـرها خطأ ، أو تجـاوز بغـير اخـتـيـاره الحد المعلوم فى الطب عند أهل المعرفة ، كأن زلت أو ترامت يد الخاتن، أو سقى عليلاً دواء غـير مناسب للداء معتقداً أنه يناسـبه وقد أخطأ فى اعـتقـاده ، أو خلع الطبيب سناً غيـر المتـفق عليـه . فإن كـان ذلك عمـداً فعليه القصاص ، وإن كان خطأ فالعقل » [1] .

وكان من رأى هؤلاء الـفقهـاء أن ترتيب مـغـارم مالية على الـطبيب الذى يقع منه مجرد خطأ بغير تقصير ، من شأنه أن يؤدى إلى احجام الأطبـاء عن الإقـدام علـى العـلاج ، إذا لم يكونوا على يقـين من النتـائج القطعية لعلاجاتهم ، حتى لا يتـعرضـوا للـمـغارم . وفى ذلك الاحـجام إضـرار بالمرضى . عـلـى حين أن فى تأمين الأطبـاء مـن هـذه المغـارم مـا يشـجـعهم على البحث ، ويوسـع أفق العلم . خصوصـًا وأنهم تحدوهـم الرغبة فى الانقـاذ ، ولا يصح أن يغرم مالاً من يحتـسب تلك النية . ثم إن عـمل الطبيـب قيـام بواجب شـرعـى . ومن يقع من خطـأ فى أثناء قـيـامــه بمثل هذا الواجـب فـإنه لا يســأل عنه إلا إذا كـان قـد وقع منه بالتقصير .

وأخيراً ، فإن الطبيب إنما يعالج المريض بإذن منه ، أو بتكليف من ولى الأمر . فـإذا كان الأول ووقع خطـأ ، فإنما هـو بتـمكين من صـاحب الشـأن ، والمنطق يوجب الا يطـالب من قـبله بتـبـعات مـاليـة . وإن كـان الثانى فـهو ملزم بألقيـام بما يكلف به ، فلا يسـأل عن خطئه ، بل عن تقصيره . وكأن يقدم على ما لا يـحسـن طمعاً فى الأجر ، أو الشـهرة ، أو من غير تقدير للتبعة ، ومـن غير دراسة للمرض والمريض من كافة النواحى . وليس يخليـه من تبعة تقصـيره إذن المريض أو تكليف ولى الأمـــــر ، لأن هـذا الإذن إنمـا كـــــان لـرجـــــاء العــــافـــيــــة .

---

(١) د. الجوهرى – السابق – هامش رقم (٢) ص٣٦ .

وطالما أنه قد وقع منه ما يضر بالمريض ، وكان هذا الذى وقع منه مما يمكن تلافيه . فهو مقصر وقد حقت عليه المساءلة (١) .

١٢ - (ب) نفى الخطأ عن الطبيب فيما هو من إطلاقاته :

وعلى أى الأحوال ، فقد كان للطبيب الحرية التامة فى العمل والتجريب وإستنباط الأساليب المناسبة للعلاج . وكانت التجارب تدون فى كتب خاصة ليقرأها الجمهور من الأطباء . وكان لبعض الأطباء أنواع من العلاج هى من مبتكرات قرائحهم . والشريعة الإسلامية تبيح للأطباء الاجتهاد فى علاج الأمراض . فلا يسأل الطبيب ولو خالف بعض آراء زملائه ، متى كان رأيه يقوم على أساس سليم .

ومما يروى فى الدلالة على ذلك قصة صبية سقطت من السطح ، فانفتح رأسها . فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت . وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم أنا أشقه وأبرئها ، وشقه . ثم ماتت بعد يوم أو يومين . وسئل نجم الأئمة الحليمى هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ثم قال : لا . إذا كان الشق بإذن ، وكان معتاداً ، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فقيل له فلو قال هذا الجراح إن ماتت فأنا ضام ، هل يضمن ؟ ... قال لا (٢) .

١٤ - ثالثا : حكم ثبوت خطأ الطبيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

إذا ألم بالمريض مرض ، وجاءوا إليه بالطبيب . فقد كان الأمر يستدعى سلسلة من الاجراءات تنتهى إما بحصول الطبيب على أجره وكرامته ، وإذا بتقرير مسئوليته ، وإذا ما تقررت مسئوليته

---

(١) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥ ، ٣٦ .

(٢) د. الجوهرى – السابق – ص٣٤ .

وجبت عليه الديه . وقد اختلفت الآراء فى المال الذى تجب فيه هذه الدية.

وفيما يلى ، نتولى بيان ذلك ، بشئ من التفصيل :

١٥ - (أ) مرحلة علاج المريض إلى حين شفائه أو موته :

فى معرض بيانه لهذه المرحلة ، والاحتياطات الواجبة فيها ، حتى لا يتهاون الطبيب ، يقول القرشى . أنه : « ينبغى إذا دخل الطبيب على المريض ، سأله عن سبب مرضه ، وعما يجده من الألم . ثم يرتب له قانوناً من الأشربة وغيره من العقاقير ، ثم يكتب نسخه لأولياء المريض بشهادة من حضر معه عند المريض . وإذا كان من الغد حضر ، ونظر إلى دائه ، ونظر إلى قارورته ، وسأل المريض هل تناقص به المرض أم لا . ثم يرتب له ما ينبغى على حسب مقتضى الحال . ويكتب له نسخه ويسلمها لأهله . وفى اليوم الثالث كذلك . وفى اليوم الرابع كذلك. وهكذا إلى أن يبرأ المريض أو يموت . فإن برئ من مرضه أخذ الطبيب أجره وكرامته . وإن مات حضر أولياؤه عند الحكيم المشهور ، عرضوا عليه النسخ التى كتبها لهم الطبيب . فإن رآها على مقتضى الحكمة وصناعة الطب ، من غير تفريط ولا تقصير من الطبيب ، فإن هذا قضى بفروغ أجله . وإن رأى الأمر بخلاف ذلك قال هلم خذوا دية صاحبكم من الطبيب فإنه هو الذى قتله بسوء صناعته وتفريطه . فكانوا يحتاطون على هذه السنّة الشريفة إلى هذا الحد ، حتى لا يتهاون الطبيب [١] .

١٦ - (ب) الدية الواجبة على الطبيب المسئول والمال الذى تجب فيه :

إذا قصر الطبيب ، فنتج عن تقصيره تلف المريض أو موته ، وجبت عليه الدية . والدية غير القصاص . وهى تجب فى مال الطبيب المسئول أو غيره ، على حسب الأحوال .

---

(١) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥ .

وفيما يلى ، نتناول بيان هذه الأمور بشئ من التفصيل :

١٧ - (١) الدية والقصاص في الشريعة الإسلامية :

الدية شرعًا هى المال الذى يدفع بدلاً للنفس أو لطرف من الأطراف. وقد شرعت فى جرائم الاعتداء على سلامة جسم الانسان كالقتل . وما دونه سواء كانت متعمدة (ويسميها الفقهاء جنايات) أو غير متعمدة . وقد قرر الشارع الإسلامى القصاص فى الجرائم إذا كانت عمدية « النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ، والجروح قصاص » . ولكنه أجاز فيها الدية ، وإذا رضى بها المجنى عليه أو ذووه سقط حقهم فى القصاص . ولكن رغم التراضى على الدية أو تنازل المجنى عليه عن حقه ، فإن للقاضى حق تعزير الجانى ، فيطبق العقوبة التى يراها ملائمة . وذلك محافظة على صالح المجتمع وسلامته . والراجح أن يجوز التعزير فى المعصية بشرط أن لا يبلغ مبلغ الحد فيها . أما فى جرائم غير العمدية فإن المشرع قد اكتفى بالديه فقط مقابلاً لما أصاب المجنى عليه . ومقدار الدية محدود ، والدية الكاملة مائة من الابل أو ألف دينار ... وللأطراف ديات معلومة . فالعين نصف دية ، والاصبع عشر دية ، والسن واحد من عشرين من الدية . وتدفع الدية من مال الجانى فى الجرائم المتعمدة ، ومن مال عاقلته (أى عائلته) فى الجرائم غير المتعمدة [١] .

---

(١) المرجع السابق – ص٣١ – هامش رقم (٥) والمرجع المشار إليه . هذا وعقوبات القتل الخطأ مالية ، كفارات وديات وحرمان إرث ووصايا ، فلا تسقط بموت القاتل خطأ ، لأن محل العقوبة مال المخطئ وعاقلته ، لا شخصه . ويمكن تنفيذ العقوبة على المال بعد الموت فى التركة . والصلح يسقط الدية . والأصل فى الصلح السنة والإجماع ، وهو لا يجوز أن يكون على أكثر ما تجب فيه الدية ، لأن ذلك يعتبر ربا، فلا يصح الصلح على الدية ، مقابل مائة وعشرين من الإبل ، لأن الدية مائة فقط ، والزيادة ربا . والعفو فى عقوبة الدية تجيزه الشريعة لولى دم القتيل ، وهو لا يؤثر على حق ولى الأمر فى تعزير المخطئ ، بعد العفو عنه (راجع بحث الأستاذ/ مصطفى عبد العزيز الخولى المحامى تحت عنوان « الخطأ القاتل فى –

١٨ - (٢) المال الذى تجب فيه الديه (محل الضمان) :

يختلف محل ضمان الطبيب على حسب الأحوال من ذلك حالة عدم الإذن ، وحالة الخطأ فى الاجتهاد . وأخيراً حالة الخطأ فى تطبيق العلاج .

وفيما يلى، نستعرض كل من هذه الحالات ، بشئ من التفصيل:

١٩ - ٥ حالة عدم صدور الإذن للطبيب بعلاج المريض :

إذا كان العلاج بغير إذن المريض أو إذن وليه ، إذا كان قاصراً أو مجنوناً ، فإن الطبيب الحاذق يكون مسئولاً عن الضرر الذى يمكن أن يحدث فى هذه الحالة . على اعتبار أنه تولد من فعل غير مأذون فيه . والضمان يكون بالدية على عاقلة الطبيب . وقد ذهب ابن القيم إلى أنه لا مسئولية على الطبيب الحاذق ، حصل الإذن أو لم يحصل ، لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل . ولأن العدوان وعدمه يرجع إلى فعل الطبيب ، ولا أثر للإذن وعدمه فيه ، بل أن مناط الضمان هو كون الفعل قد جاء على وجهه أو لم يجئ كذلك . ومادام الطبيب حاذقاً ، وقد أتى بالفعل على وجهه ، أو بذل فيه غاية جهده . فلا ضمان عليه، ولا على عاقلته . وذهب رأى ثالث إلى أن الضمان فى هذه الحالة يجب أن يكون فى بيت مال المسلمين ، حتى لا يضيع دم مسلم خطأ ، طبقاً لصريح نص القرآن (١) .

- شرع من قبلنا والإسلام والقانون - مجلة المحاماة العددان السابع والثامن - السنة الخامسة والستون سبتمبر وأكتوبر ١٩٨٥ - ص١٣٢ ، ١٣٣) ولأنه لا جريمة فى الإسلام بغير عوض فقد أوجب الشارع صراحة الدية ، إذا فقدت الأسرة عائلها . وقد رأى الشارع أن تكون ترضية أولياء الدم المسفوح ، وعقاب المخطئ فى قتل النفس من أعز ما يحرص عليه ، الإنسان بعد النفس ، وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذى يجهد الناس أنفسهم فى جمعه . وتلك عقوبة كافية لحمل الناس على التبصر (المرجع السابق ص١٣١) .

(١) د. الجوهرى - السابق - ص٣٢ .

٢٠ - • حالة خطأ الطبيب في الاجتهاد :

ذهب رأى إلى أن الطبيب الحاذق الماهر بصناعته إذا اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده فقتله فإن دية المريض تكون على عاقلة الطبيب . وفى رأى آخر أنها تكون فى بيت المال .

وبعبارة ابن القيم : فالطبيب الحاذق الماهر بصناعته اجتهد أو وصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده فقتله ، فهذا يخرج على روايتين : إحداهما أن دية المريض فى بيت المال ، والثانية أنها على عاقلة الطبيب، وقد نص عليها الإمام أحمد فى خطأ الإمام والحكام[1].

ولا شك أن مرجع هذا الرأى الأول إلى الرغبة فى فتح باب الاجتهاد أمام الأطباء . وذلك أخذاً بالحديث الذى يقرر أن من اجتهد فأخطأ فله أجر ، ومن اجتهد فأصاب فله أجران [2] .

فإذا كان الطبيب غير ملوم من الناحية الخلقية لمثل هذه الأخطاء التى لا يسع أكبر العلماء التحرز عنها ، مادام قد أعطى الصنعة حقها وتحرى الدقة فى عمله واجتهد فى تطبيق النظريات العلمية المعتمدة . غير أن العدل يقتضى النظر إلى مصلحة المتضرر وتعويضه عما ألم به تطبيقاً للقاعدة الشرعية : لا يطل دم فى الإسلام. ولهذا ترد الفقهاء فى إلقاء واجب التعويض على بيت المال ، أو على عاقلة الطبيب ، نظراً لأن ما وقع منه لا يعد خطأ بالمعنى الحقيقى، فقد اجتهد وهو مؤهل لهذا الاجتهاد ، لكنه أخطأ فى اجتهاده لتشابه العلامات والأمارات . وهذا هو المعنى الذى التفت إليه القائلون بايجاب التعويض على بيت المال . ولا يعنى إلقاء التعويض على عاقلة الطبيب عند من يقول به مؤاخذته واعتباره متعدياً ، بقدر ما يقصد إلى البحث عن مصدر لتعويض المتضرر عما لحق به [3] .

---

(١) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥ .

(٣) د. سراج – السابق – بند ٤٥٥ – ص٥٨٣ .

٢١ - « حالة الخطأ فى تطبيق العلاج »

إذا أخطأ الطبيب فى تطبيق العلاج ، كأن سبقت يده إلى غير موضع العلاج فنال الجسم أو عضواً منه بتلف - فإن الطبيب يكون مسئولاً فى هذه الحالة، رغم حذقه ، أو إذن الشارع ، أو إذن المريض . ولكنهم ينفون عنه المسئولية فيما قل عن الثلث .

ولعل حكمة ذلك أن يترك للطبيب مدى للعمل بغير خشية المسئولية . فإذا بلغ الضرر الثلث أو زاد ، فالدية تكون على قبيلة الطبيب . فإذا لم تكن له قبيلة ، ففى رأى أنها تكون فى مال الطبيب ، لأن الأصل أنها على عاقلته . وفى رأى آخر أنها تكون فى بيت المال ، على اعتبار أن خطأ الطبيب كخطأ القاضى والحاكم ، ممن نصبهم ولى الأمر للنفع العام ، أو على حد التعبير الشرعى لحسبة المسلمين. ولذلك فإنه يكون ضامناً لأخطائهم التى لم تكن نتيجة تقصيرهم الشخصى ، بل لسبق القدر فيما يفعلونه . ولما كانت الشريعة الإسلامية لا تسمح بأن يذهب دم مسلم هدراً ، فإنه إذا تعذر الضمان فى مال الطبيب أو فى عاقلته ، فإن بيت مال المسلمين يكون فيه متسع لهذه الضمانات .

وبعبارة ابن القيم فى زاد المعاد « أخطأت يد الطبيب وامتدت يده إلى عضو صحيح فأتلفه ، مثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمره . فهذا يضمن لأنها جناية خطأ . ثم إن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلته . فإن لم تكن عاقله فهل تكون الدية فى ماله أو فى بيت المال . على قولين هما روايتان عن أحمد . وقيل إن كانت الطبيب ذميًا - أى كتابياً فى ديار المسلمين - ففى ماله ، وإن كان مسلماً ففيه الروايتان. فإن لم يكن بيت مال أو تعذر تحميله ، فهل تسقط الدية أو تجب فى بيت المال ؟ ... فيه وجهان أشهرهما سقوطها » (١) .

---

(١) د. الجوهرى - السابق - ص٢٤ ، وهامش رقم (١) .

ويجب على الطبيب العناية بمريضه والتبصر والتحوط فى علاجه، فلو أعطاه دواء لا يناسبه دون اجراء الاختبارات اللازمة فمات منه وجب الضمان على الطبيب . وقد جاء فى كتاب معالم القربة فى أحكام الحسبة أن (الطبيب يعتبر مسئولاً إذا كان العلاج الذى أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير) . أما إذا بذل من العناية ما يجب عليه فلا يضمن ما يترتب على فعله ، فلو قلع الطبيب السن التى أمره المريض بقلعها على الوجه الذى توجبه رسوم المهنة وأصولها (فإنقلع سن أخر متصل بها السن لا يضمن) ويضمن ما أهمله ، فلو (فصد نائمًا وتركه حتى مات بسيلانه فإنه يقاد) [1] .

٢٢ - رابعًا : خطأ الملحقين بالطبيب فى الشريعة الإسلامية :

فى هذا المقام ، نذكر بعض أنواع الأطباء ، المعروفين عند العرب والمسلمين ، ثم نتبع ذلك ببيان وحدة الأحكام الخاصة بالأطباء والملحقين بهم فى الشريعة الإسلامية وذلك على التفصيل الآتى:

٢٣- (أ) بعض أنواع الأطباء المعروفين عند العرب والمسلمين :

يلتحق بالأطباء فى المسئولية – عند العرب والمسلمين الأقدمين – من هم فى حكمهم ، ممن يتعهدون البدن الإنسانى ويتناولون ، كما يقول ابن القيم كل (من يطب بوصفه وقوله ، وهو الذى يخص باسم الطبائعى ، وبمروده وهو الكحال، وبمبضعه ومراهمه وهو الجرائحى، وبموساه وهو الخاتن ، وبريشته وهو الفاصد ، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام ، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر ، وبمكواه وناره وهو الكواء ، وبقربته وهو الحاقن. وسواء كان طبه لحيوان بهيم أو إنسان فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم . وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف حادث) [2] .

---

(١) د. سراج – السابق – بند ٤٥٥ – ص٥٨٣ ، ٥٨٤ .

(٢) د. سراج – السابق – بند ٤٥٤ – ص٥٨١ ، ٥٨٢ .

٢٤ - (ب) وحدة أحكام مسئولية الأطباء والملحقين بهم فى الشريعة الإسلامية :

من الملاحظ ، أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عالجوا أحكام الحجام ، والفصاد ، والبزاغ ، والخاتن بما لا يخرج عما سبق فى ضمان الطبيب .

ففى تبصرة الحكام أنه (إذا أذن الرجل بحجام لفصده ، أو بختن ولده ، أو البيطار فى دابه ، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو، أو تلفت الداية أو العبد ، فلا ضمان عليه لأجل الإذن . قال ابن رشد : وحكى القاضى أبو محمد رأيه بالضمان لأنه قتله خطأ . أما إذا كان جاهلاً ، أو فعل غير ما أذن به خطأ ، أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه ، أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ، ضمن ما تولد من ذلك . قال ابن عبد السلام وينفرد الجاهل بالأدب ، ولا يؤدب المخطئ . وهل يؤدب من لم يؤذن له ؟ فيه نظر).

وناقش البغدادى فى مجمع الضمانات ضمان الفصاد ، ومن بمعناه ، كالبزاغ ، والحجام ، والختان ضمن حديثه عن ضمان الأجراء من الملاحين ، والصانعين ، والحدادين ، والنقاشين ، والصباغين مما يدل على شيوع النظر إلى عقد العلاج على أنه من عقود الاجارات المتفرد عن غيره بخصائص تميزه . وهو ما دعا الفقهاء إلى افرازه بمبحث خاص ، لعلاج أحكامه .

وقد اتجه التفكير القانونى الوضعى إلى اعتبار عقد العلاج عقداً قائمًا بذاته ، بعد استمرار الجدل حول طبيعة هذا العقد من الوجهة القانونية . ولم يحظ بالقبول الحاق هذا العقد بالوكالة ، أو اعتباره من عقود ايجار الأشخاص ، أو من عقود الاستصناع ، فلزم التسليم بطبيعته الخاصة (١) .

---

(١) د. سراج – السابق – بند ١٥٤ – ص٥٨٢ .

الفصل الأول

طبيعة العمل الطبى والمسئولية الطبية

الفصل الأول

طبيعة العمل الطبى والمسئولية الطبية

٢٥ - تمهيد وتقسيم :

يتميز العمل الطبى بأنه عمل علاجى ، يتغيا مداواة المريض ، الذى يعانى من مرض ما بدنياً كان ، أو نفسياً . وهذا هو المقصود بطبيعة العمل الطبى .

أما المسئولية الطبية ، فيتنازعها رأيان ، أو نظريتان هما : النظرية التقصيرية ، والنظرية العقدية .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقسم هذا الفصل ، إلى الفرعين الآتيين:

- **الفرع الأول :** طبيعة العمل الطبى .
- **الفرع الثانى :** طبيعة المسئولية الطبية .

الفرع الأول
طبيعة العمل الطبى

٢٦ - أولاً : تعريف العمل الطبى :

يعرف العمل الطبى ، بأنه نشاط يتفق - فى كيفيته وظروف مباشرته - مع القواعد المقررة فى علم الطب ، ويتجه فى ذاته ، أى وفق المجرى العادى للأمور ، إلى شفاء المريض .

والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجيًا ، أى يستهدف التخليص من مرض ، أو تخفيف حدته ، أو مجرد تخفيف آلامه ، ولكن يعد كذلك من قبل الأعمال الطبية ، ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة ، أو مجرد الوقاية من مرض (١) .

ويذكر البعض تعريفاً للجراحة ، بأنها الأعمال التى تعنى بعلاج الأمراض ، التى لا يمكن شفاؤها ، إلا بالتدخل الجراحى ، ويكون قصد الشفاء فيهما ملحوظاً (٢) .

٢٦م - ثانيًا : نطاق العمل الطبى :

فى فرنسا ، كان نطاق العمل الطبى يقتصر - وفقاً لنصوص القانون رقم ٣٥ لسنة ١٨٩٢ - على مرحلة العلاج فحسب - وبصدور قانون الصحة العامة ، فى ٢٤ ديسمبر ١٩٤٥ ، والمعدل بالديكرى الصادر فى ١٥ أكتوبر ١٩٥٣ ، شمل العمل الطبى مرحلتى الفحص والتشخيص ، وإن كان لم ينص صراحة على ذلك ، ولكن

---

(١) راجع محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الرابعة ١٩٧٧ - بند ١٧٦ - ص١٨٢ ، ١٨٣ .

(٢) سمير أورفيلى - ص٣٠ . عن د. منذر الفضل « المسئولية الطبية فى الجراحة التجميلية » - الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص٦ .

هذا يستفاد ضمنياً من ألفاظ المادة ٣٧٢ (١) .

ومفاد هذا النص يكمن فى أن مفهوم العمل الطبى فى هذا القانون ، يشمل التشخيص والعلاج ، والأعمال المهنية الأخرى ، المنصوص عليها فى هذا القرار ، الصادر من وزير الصحة، فى ٦ يناير سنة ١٩٦٢ ، وتعديلاته (٢).

وقد حذا التشريع المصرى – فيما يتعلق بمفهوم العمل الطبى – حذو قانون الصحة العامة الفرنسى ، فلم ينص صراحة على مفهوم للعمل الطبى ، وإن كان قد أشار إليه ضمناً ، فى سياق النص الخاص بشروط مزاولة العمل الطبى .

فقد نصت المادة الأولى ، من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (٣) ، فى شأن مزاولة مهنة الطب ، على أنه « لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية ، أو عيادة مريض ، أو إجراء عملية جراحية ، أو مباشرة ولادة ، أو وصف أدوية ، أو علاج مريض ، أو أخذ عينة من العينات ، التى تحدد بقرار وزير الصحة العمومية ، من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبى المعملى ، بأية طريقة كانت ، أو وصف نظارات طبية. وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت ، إلا إذا كان مصرياً ، أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها ، وكان إسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين ، وذلك مع عدم

---

(١) Art 372 " Exercice illigallement la médcine : tout personne qui prent par habituellement ou par direction même en présence d'une médcine à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies".

عن د. محمد القبلاوى – المسئولية الجنائية للطبيب – ٢٠٠٥ – ص٧ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. أسامة عبد الله قايد – المسئولية الجنائية للأطباء – بند ٤٥ – ص ٥٠ . عن د. القبلاوى – السابق – ص ٧ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) الوقائع المصرية ، فى ٢٢ يوليو ١٩٥٤ – العدد ٥٨ مكرر .

الإخلال بالأحكام الخاصة ، المنظمة لمهنة التوليد » .

ومفاد هذا النص ، أن مفهوم العمل الطبى فى هذا القانون ، يشمل التشخيص والعلاج العادى والجراحى ، ووصف الأدوية ، أو أخذ العينات ، أو أى عمل طبى آخر .

وكان ينبغى على المشرع المصرى أن ينص صراحة على مفهوم واضح للعمل الطبى ، وأن يضمنه الوقاية ، التى هى أهم مراحل العمل الطبى ، للمحافظة على الصحة العامة (١).

٢٧ - ثالثا : الأعمال التى ثار حولها الجدل فيما يتعلق بقصد العلاج بشأنها :

إذا كان تمييز العمل الطبى - بصفة عامة - عن غيره من الأعمال، يعتمد على تحديد ما إذا كان هذا العمل - بحسب طبيعته - يتجه إلى الشفاء من مرض ، أم لا ، فإن ثمة أعمال لا يكون فيها هذا القصد قائمًا ، حتى وإن كان هذا العمل جارياً على ذات المحل ، أى على جسم الإنسان . وهذه المسألة قد أثيرت أساسًا بشأن مشرعية هذه الأعمال من عدمها .

وفيما يلى ، نتناول بعض هذه الأعمال ، كنماذج وأمثلة :

٢٨- (١) عمليات الختان :

فقد عارض البعض ، فى وجوب توافر شرط قصد العلاج ، وهو الشرط اللازم لاعتبار العمل طبيًا ، أو عدم اعتباره كذلك . وهو يضرب مثالاً لذلك بعمليات الختان ، مقرراً أن هذه العمليات تجرى بغير قصد العلاج ، ومع ذلك فإنها لا تعد غير مشروعة ، بل مشروعة(٢) .

---

(١) جودبى - ص١٧٣ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٢٧٤ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) د. أسامة عبد الله قايد - السابق - بند ٤٧ - ص ٥٢ . عن د. القبلاوى - السابق - ص ٢٨ وهامش رقم (٢) .

وفى الرد على ذلك ، يقول الدكتور الجوهرى ، أن الختان هو علاج فى بعض أمراض القضيب ، كضيق الغلفة Phimosis . وقد نصت على الختان لائحة الطب ، الصادرة فى سنة ١٨٩١ ، وفى ذلك ما يفيد أنه عمل طبى ، وفى إجازته للحلاقين الصحيين فى تلك اللائحة ، معنى الإجازة للأطباء ، وهم أصحاب الاختصاص الطبى الأوسع . وحتى إذا لم يكن علاجاً ، فإن الشريعة الإسلامية قد أقرته ، وجاراها فى ذلك القانون الوضعى (١) .

٢٩ - (٢) عمليات تحويل الجنس :

يعتبر الفقه أن هذا النوع من العمليات الجراحية ، لا يجرى بغرض علاجى ، ومن ثم يرفض الاعتراف بمشروعيته ، وهم يرون أنها تباشر على شخص لا يعانى شئ ، من الناحية العضوية (٢) .

وهذا أيضاً ما أكده حكم لمحكمة استئناف Aix - eu - Provence ، بتاريخ ١٩٩٠/٤/٢٣ . وكانت الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم. تتعلق بجراحين للمسالك البولية ، قاما باستئصال الجهاز التناسلى لشخص ، وعمل مهبل صناعى له ، غير أن هذا الشخص شعر ، بعد إجراء العملية ، بعدم الرضا عن حالته ، فتقدم بشكوى ضد الجراحين ، كما ادعى بالحق المدنى . وفى هذه الأثناء أصيب المريض بحالة من الاكتئاب ، دفعته إلى الانتحار .

وقد أدانت المحكمة الأطباء المشكو فى حقهم ، عن جريمة الجرح العمد ، مع سبق الإصرار ، مستندة فى ذلك ، بصفة أساسية ، إلى انتفاء قصد العلاج ، الذى جعل من عمل الطبيب عملاً غير مشروع،

---

(١) د. الجوهرى – المرجع السابق .

(٢) د. أحمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والإباحة – دار النهضة العربية – ١٩٩٣ – ص١٤١ . عن د. محمد حسن قاسم – إثبات الخطأ فى المجال الطبى – ٢٠٠٦ – ص١٩٣ ، وهامش رقم (١٢٥) .

يقيم مسئوليته الجنائية . ولا يعفيه من هذه المسئولية، رضاء المريض بهذا العمل [١] .

ولنا عود إلى بحث هذا النوع من العمليات ، فى موضعه ، بأكثر تفصيل .

٣٠ - (٣) التجارب الطبية :

تناول المشرع الفرنسى ، تنظيم موضوع التجارب الطبية ، بمقتضى القانون رقم ٨٨ - ١١٣٨ ، الصادر فى ١٩٨٨/١٢/٢٠ ، المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين فى الأبحاث البيولوچية الطبية . والذى أدخلت نصوصه بعد ذلك ، فى تقنين الصحة العامة ، فى المواد من ٢٠٩ - ١ ، إلى ٢٠٩ - ٢٣ .

وقد ميزت نصوص القانون الفرنسى ، بين نوعين من التجارب : التجارب التى ينتظر منها فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها . والتجارب الأخرى التى تجرى على أشخاص من المرضى ، أم من غيرهم . وتسمى بالأبحاث البيولوچية الطبية ، دون فائدة فردية مباشرة .

ويقصد بهذا النوع الثانى من التجارب ، تلك التى تجرى بقصد تحقيق غاية علمية طبية ، كاكتشاف علاج جديد ، أو تحسين علاج قائم ، فالتجربة فى هذه الحالة الأخيرة ، لا تستهدف أى غرض علاجى بالمعنى الصحيح ، لمن تمارس عليه التجربة [٢] ، بهدف حماية الأشخاص الخاضعين لتجارب من النوع الأخير ، فقد اشترطت المادة ٢٠٩ - ١٤ من تقنين الصحة العامة ، ألا تتضمن هذه التجارب ، أى

---

(١) C.A. Aix - en - Provence. 23/4/1990. J.C.P. 1991-11-21720, note Mémeteau
عن د . محمد حسن قاسم – السابق – ص١٩٣ ، وهامش رقم (١٢٦).

(٢) د. سهير منتصر – المسئولية المدنية عن التجارب الطبية – ص٢٩ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٥ ، وهامش رقم (١٢٨) .

خطر متوقع ، وجائر على صحة الخاضعين لها [١] .

فعلى الرغم من إقرار المشرع الفرنسى بمشروعية التجارب الطبية، فقد شدد فى مسئولية القائم بها ، مراعياً فى ذلك ضرورات الحماية للخاضع للتجربة . ففى حالة التجارب التى تتضمن فائدة مباشرة للخاضع لها ، أى رغم توافر القصد العلاجى ، افترض المشرع خطأ القائم بالتجربة ، وهو ما يعنى عدم تكليف الخاضع للتجربة بإقامة الدليل على خطأ الباحث ، أو الطبيب .

أما فى الحالات التى لا تتضمن فيها التجربة فائدة مباشرة للخاضع لها ، فقد خرج المشرع من نطاق المسئولية الخطئية ، وجعل مسئولية القائم بالتجربة ، مسئولية غير خطئية .

وفيما يتعلق بموقف القانون المصرى ، فالملاحظ أن نص المادة ٢٣ من الدستور المصرى ، قد جرى على أنه « لا يجوز إجراء أى تجربة طبية، أو علمية ، على أى إنسان ، بغير رضائه الحر » .

ورغم وجود هذا النص الدستورى ، إلا أن الشارع لم يضع تنظيماً تشريعياً متكاملاً ، يحدد الضوابط اللازمة لإجراء هذه التجارب بنوعيها ،على نحو يكفل سلامة الخاضعين لها [٢] .

وقد أدى ذلك ، إلى اختلاف الفقه حول مشروعية التجارب

---

(١) ويجرى نص هذه المادة على النحو التالى :

Les recherche biomedecales sous bénéfice individuel direct ne doivent comparter aucun risque prévisible rérieux pour la sate de personnes que s'y . prétemt

عن المرجع السابق – هامش رقم (١٢٩) .

(٢) د. مصطفى عدوى – ص١١٠ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٦ ، وهامش رقم (١٣٢) .

الطبية ، فالبعض يذهب إلى مشروعيتها ، سواء كانت بهدف علاجي، أو لغاية علمية [1] .

بينما يذهب الرأى الغالب إلى قصر المشروعية على التجارب التى تتم لغرض علاجي فقط [2] . أما التجربة لغير هذا القصد ، فتكون غير مشروعة ، ويخضع القائم بها النصوص قانون العقوبات الخاصة بالعقاب على الجرائم العمدية ، لتجرده من قصد العلاج ، ولا يحول دون ذلك ، توافر رضاء الخاضع للتجربة .

٣١ - (٤) الوقف الإرادى للحمل (الإجهاض) :

قبل عام ١٩٧٥ ، كان الوقف الإرادى للحمل عملاً غير مشروع فى القانون الفرنسى ، ثم تدخل المشرع بقانون فى ١٩٧٥/١/١٧ سحب قانون Veil ، وتم تعديله بمقتضى قانون آخر ، صدر فى ١٩٧٩/١٢/٣١ ، ليضفى المشروعية على هذا العمل الطبى ، وفق شروط معينة .

والواقع ، أن وقف الحمل الإرادى ، بهدف علاجى ، لم تكن مشروعيته محل شك ، حتى قبل صدور قانون عام ١٩٧٥ ، ووفق هذا القانون الأخير ، أصبح هذا الإجهاض مشروعاً ، فى حالتين الأولى : إذا ما كان استمرار الحمل يشكل خطراً جسيمًا على صحة الأم ، والثانية ، إذا كان هناك احتمال قوى بأن المولود المنتظر ، سيولد مصاباً بعاهة خطيرة ، غير قابلة للشفاء .فى مثل هذه الحالات ،

---

(١) د. محمد عيد الغريب – التجارب وحرمة الكيان الجسدى للإنسان ، دراسة مقارنة – ١٩٨٩ – ص٦٤ وما بعدها . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٦ ، ١٩٧ ، وهامش رقم (١٢٣) .

(٢) د حمدى عبد الرحمن ، ود. عبد الحميد الجمال – النظرية العامة للقانون – الحقوق – الدار الجامعية ، بيروت – ص٧٠ ، ٧١ ، ود. أسامة عبد الله قايد – المسئولية الجنائية للأطباء – ص٢١٧ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٧ ، وهامش رقم (١٣٤) .

يجوز إجراء الإجهاض ، فى أى وقت ، خلال الحمل ، دون التقيد بأية مدة معينة .

أما عن الوقف الإرادى للحمل ، لغرض غير علاجى ، فقد تناوله المشرع الفرنسى ، فيما يعرف « بوقف الحمل لمواجهة حالة الضيق » ، رغم لانتفاء الغاية العلاجية هنا ، فقد جعل المشرع وقف الحالة ، فى هذه الحالة مشروعًا ، متى توافرت الشروط التى أوجب المشرع مراعاتها ، وهى أن يتم وقف الحمل خلال الأسابيع العشرة الأولى، من بدايته ، وأن يتم إجراء العملية بمعرفة طبيب ، فى مستشفى عام، أو خاص ، مرخص بإجراء تلك العملية ، وأن يكون الباعث على إجراء هذه العملية ، هو ما توجد به المرأة الحامل من حالة الضيق ، أو الشدة، أو الفقر ، وترك تقدير هذا الباعث ، لتقرير الحامل وحدها. وأخيراً ، يجب أن يسبق وقف الحمل الإرادى ، خضوع المرأة الحامل لفحص طبى ، والحصول على موافقة أحد الوالدين ، إن كانت قاصراً ، وغير متزوجة [1] .

فإذا تخلفت هذه الشروط ، أو أحدها ، وتم إجراء عملية الإجهاض، كان الإجهاض فى هذه الحالة ، غير مشروع ، ويؤدى إلى إثارة المسئولية الجنائية ، على من قام به [2] .

٣٢ - (٥) الإجهاض الملقب بالعلاج الجينى :

يعتبر التشخيص المبكر للولادة ، أو لمرحلة الجنين الأولى ، من الوسائل الكاشفة عن الأمراض المحتملة ، أو الأكيدة للجنين، والناتجة

---

(١) راجع فى هذه الشروط د. محيى حسن خليل – ص٩١ . عن د . حسن قاسم – السابق – ص٢٠١ ، وهامش رقم (١٤٤) .

(٢) وراجع فى جريمة إسقاط الحوامل فى التشريعين المصرى والفرنسى د. أسامة قايد – ص٢٨٩ وما بعدها عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢٠١ ، وهامش رقم (١٤٥) .

عن الأمراض الوراثية ، أو التشوهات الخلقية ، أو الإعاقة . ويطلق عليه الآن الطب التنبؤى .

هذا ، ويجيز التشريع الفرنسى الإجهاض ، كلما كان هناك احتمال كبير، بأن الجنين المنتظر ولادته ، سوف يكون مصاباً بعائق خطير جداً ، غير قابل للعلاج ، حسب نتائج الكشف فى ذلك الوقت (م١٦٢/L١٢ من قانون الصحة العامة الفرنسى)، هذا الإجهاض يطلق عليه علاجيًا Thérapeutique بصفة مبالغ فيها ، وهو فى الحقيقة إجهاض يتعلق بالنسب ، والرغبة فى أن يكون الطفل غير حامل لعيب وراثى ، أو تشوه خلقى .

ويعتبر القانون الألمانى ، أن الإجهاض فى مثل هذه الحالة ، لا يخضع للعقاب الجنائى (م٢١/٨) ، إذا كانت الحالة النفسية للمرأة معرضة للتدهور ، بسبب ولادة هذا الطفل المعاق . هذا إلى أن حياة الطفل – هو الآخر– سوف تكون مشوهة ، لدرجة أنها ستمثل كارثة، بالنسبة له فى حياته (١) .

---

(١) د. أحمد حسام طه تمام – المسئولية الجنائية للهندسة الوراثية فى الجنس البشرى – الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٦ – ص٣٣٠ ، ٣٣١ .

الفرع الثانى

طبيعة المسئولية الطبية المدنية

٣٢ - اختلاف الرأى حول طبيعة المسئولية الطبية فى كل من فرنسا ومصر:

فى تحديده لطبيعة المسئولية الطبية ، وهل هى تقصيرية أم عقدية ، يتجه القضاء والفقه فى فرنسا - طبقاً للرأى المعمول به الآن - إلى الأخذ بالنظرية العقدية . وذلك على خلاف الرأى فى مصر ، والذى انقسم إلى فريقين ، كل منهما ينحاز إلى إحدى النظريتين : التقصيرية ، أو العقدية .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نعرض لتحديد طبيعة هذه المسئولية فى كل من فرنسا ومصر ، على أن نخصص لكل فرعاً مستقلاً .

المبحث الأول
طبيعة المسئولية الطبية المدنية فى فرنسا

٢٤ - تحديد طبيعة المسئولية الطبية فى فرنسا يمر بمرحلتين :

مر تحديد طبيعة المسئولية الطبية فى فرنسا بمرحلتين . فقد كانت المحاكم الفرنسية إلى ما قبل نهاية الثلث الأول من القرن الماضى تعتبرها مسئولية تقصيرية ، ثم عدلت عن هذا الاتجاه بداية من نهاية الفترة السابقة ، معتبرة إياها مسئولية تعاقدية .

وعلى ذلك ، فسوف نتناول كل من هذين الاتجاهين فى تحديد طبيعة المسئولية الطبية ، كل فى مبحث مستقل .

المطلب الأول
الإتجاه الفرنسى القديم
نحو تأسيس المسئولية الطبية
على النظرية التقصيرية

٣٥ - تبنى القضاء والفقه الفرنسى للنظرية التقصيرية والانتقادات الموجهة إليها :

فى مراحله الأولية ، تبنى القضاء الفرنسى النظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية ، وما لبث أن سايره فى ذلك الفقه هناك ، مقدماً حججه وتبريراته ، التى إستند إليها فى تبرير هذا الإتجاه .

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ، بل وجهت إليها العديد من الانتقادات .

وفيما يلى ، نعرض لكل من هذه الموضوعات ، بشئ من التفصيل :

٣٦ - أولاً : تبنى القضاء الفرنسى للنظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية :

إذا باشر الطبيب علاج المريض فى ظروف عادية ، فالغالب أن يكون ذلك بناء على اتفاق بينهما . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، منذ أكثر من قرن ، باعتبار المريض ملزماً بأتعاب الطبيب التزامًا تعاقدياً . وكان يجب ، بناء على ذلك ، أن يعتبر إلتزام الطبيب بالعلاج التزاماً تعاقدياً أيضًا ، وأن يترتب على الإخلال به مساءلة الطبيب طبقاً لقواعد المسئولية العقدية . غير أن المحاكم الفرنسية ، لم تأخذ بذلك أول الأمر ، بل ظلت إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الماضى تعتبر مسئولية الطبيب عما يقع منه من أخطاء فى

علاج المريض مسئولية تقصيرية ، تتطلب من المريض إقامة الدليل على خطأ الطبيب .

إلا أن اتجاه المحاكم على هذا النحو ، كان اتجاهاً متناقضاً ، ولكن يفسره أن التزام الطبيب بالعلاج هو التزام ببذل سعى ، لا التزامًا بتحقيق نتيجة . ومن المعلوم أن هذا النوع من الالتزامات ، لا سبيل إلى تعيين مداه تعييناً دقيقًا ، كما فى الالتزام بغاية ، بل يقتضى ذلك البحث عن درجة العناية المطلوبة من المدين فى كل حالة ، وهى تختلف - على أية حال - باختلاف الظروف .

فإذا أراد الدائن بالتزام من هذا النوع ، أن يثبت تقصير المدين ، وجب عليه الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة ، التى تبين حدود ما يجب على من يكون فى مركز مدينه من جهد وتبصر وإحتياط ، وفقاً لمعيار الرجل العادى ، فيكون مركزه فى هذه الحالة ، من حيث الإثبات، شبيهاً كل الشبه بحالة المسئولية التقصيرية ، بحيث لا تظهر الفائدة من تكييف مسئولية المدين ، فى هذه الحالة ، بأنها عقدية ، أو تقصيرية (١).

وعلى أية حال ، فقد كان للتقدم السريع ، والتطور الحادث فى المجتمعات الأوربية ، وبخاصة فى المجالين الصناعى والإقتصادى ، وما صاحب ذلك من استخدام المخترعات الحديثة ، وانتشار الآلات الميكانيكية ، كان له آثاره وانعكاساته ، الواضحة ، والملموسة ، على الإحساس بضرورة تيسير حصول المصاب على حقه فى التعويض . ولم يقتصر الأمر على فئة العمال وحدها ، بل تعداها إلى فئات المصابين ، على وجه العموم .

ولذلك ، فلم يكن غريبًا على القضاء الفرنسى ، أن يلجأ إلى

---

(١) د. سليمان مرقس - مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٦٠ - بند ٣٦٨ - ص٤٧٧ .

تحوير نصوص المسئولية المدنية ، بل وإلى تطبيق أحكام المسئولية الشيئية - إذا تطلب الحال - أو أحكام مقاربة لها ، على المسئولية الطبية . وقد بدا هذا واضحًا فى أحكام المحاكم الفرنسية . وقامت بتطبيقه خصوصاً فى حالة العلاج بالأشعة ، أو بالتيارات الكهربائية ، أو بالراديوم (١) ، بل أنها طبقته حتى فى حالة العلاج بأقراص أوكسى سيانير البوتاس (٢) . أو فى ترك قطعة من الشاش بجسم المريض(٣). كما أنها توسعت فى معنى الحراسة ، فاعتبرت حارساً من كانت له سلطة قانونية على الشئ .

وإذا كان القضاء الفرنسى قد قاوم هذه الأحكام ، إلا أنه لم يتخلص نهائيًا من محاولة تطبيق نص المادة ١/١٣٨٤ على الأطباء ، إلا بعد أن اعتبرت مسئوليتهم تعاقدية .

هذا ، ويستند اتجاه المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بالنظرية التقصيرية - ومن ثم إلى تطبيق نصوص المواد ١٣٨٢ وما بعدها من نصوص المسئولية المدنية على دعاوى المسئولية الطبية - إلى أن التزامات الطبيب لا تنشأ من اتفاق المريض مع الطبيب ، فهى ، من جهة ، مجهولة لأحد طرفى ذلك الاتفاق ، وهو المريض ، فلا يمكن افتراض أنها دخلت فى دائرة الاتفاق ، لا صراحة ، ولا ضمنًا . وأنها، من جهة أخرى ، لا تخضع لإرادة أى من الطرفين ، فلا سبيل إليها

---

(١) راجع حكم محكمة «مورلى» ، ١٧مايو ١٩٣٣ ، جازيت دى باليه ١٩٣٣ -٢ - ٢٥٧، وحكم محكمة «ليون» الإستئنافية ، فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ ، جازيت دى باليه ١٩٣٥ -١-٩١٥ . عن د. وديع فرج ، بحث بعنوان « مسئولية الأطباء والجراحين المدنية »- مجلة القانون والإقتصاد - السنة ١٢ - ص٣٩١ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) راجع حكم محكمة «رامس» ، فى ٦ مارس سنة ١٩٣٦ ، الجازيت القضائية والتجارية لليون ، فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ، عن د. وديع فرج - السابق - ص٣٩١ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) راجع حكم محكمة «إيتامب» ، فى ١٦مايو سنة ١٩٣٣ ، جازيت دى باليه - ٢ - ٦٢٠ . عن د. وديع فرج - السابق - ص٣٩١ ، وهامش رقم (٣) .

لإنشائها ، أو تقييدها ، لأنها من النظام العام ، تفرضها قواعد المهنة وحدها ، فهى أقرب إلى الالتزامات القانونية ، منها إلى الالتزامات التعاقدية . لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسئولية تقصيرية ، فحتى لو اتفق المريض مع الطبيب على العلاج ، وعلى أجر العلاج ، كان هذا الاتفاق عقداً منشئًا لالتزام عقدى فى جانب المريض وحده بدفع الأجر . ولا أثر له فيما يجب على الطبيب القيام به نحو المريض.

٣٧ - ثانيًا : الحجج التى يستند إليها الفقه الفرنسى فى تبرير الطبيعة التقصيرية للمسئولية الطبية :

وعلى كل حال ، فقد لاقى هذا الاتجاه ، ترحيباً من بعض الفقهاء، الذين أيدوه ، معتبرين إياه اتجاهًا موفقًا وقد استندوا فى ذلك إلى الحجج الآتية :

٣٨ - (أ) ضرورة قيام الدليل على وقوع تقصير من الطبيب حتى يمكن مساءلته :

ويستند هذا الاتجاه إلى أن الأصل أن الطبيب لا يلتزم قبل مريضه بأن يضمن له السلامة والشفاء ، وإنما يلتزم فقط بأن يعنى به العناية الكافية ، وأن يصف له من وسائل العلاج ، ما يرجو به شفاءه من مرضه . وعلى ذلك ، فلا يكفى – فى نظر أصحاب هذا الرأى – لكى يعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه أن ينكس المريض ، أو يزداد مرضه ، وإنما يجب أن يقوم الدليل على أن ما أصاب المريض من سوء ، يرجع إلى تقصير من الطبيب فى عنايته بالمريض . وهو ما لا يتأتى إلا إذا أسند للطبيب نوع من أنواع الخطأ والتقصير .

فكما سنرى ، فإنه يترتب على اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية عقدية، أن يكتفى من المريض أو ذويه – لإثبات مسئولية الطبيب عن الضرر الذى لحق بالمريض – بإثبات أن حالته قد ساءت بسبب العلاج الذى باشره الطبيب ، فإنهم أثبتوا ذلك ، كان الطبيب مسئولاً إلى أن

يثبت خطأ المريض أو القوة القاهرة [1] . أى أن المريض هنا لا يلتزم بإثبات وقوع خطأ معين من الطبيب .

٣٩ - (ب) أن المسائل المتعلقة بالضمير وبالعلوم الطبية تخرج عن دائرة العقد :

فقد قيل بأن مسئولية الطبيب ذات طبيعة فنية بحتة ، فسواء ارتبط الطبيب بعقد أم لا ، فهو ملزم بأن يراعى واجب الضمير والأصول العلمية المتعارف عليها فى علم الطب، ولكن كل ما يتعلق بالضمير والعلم الطبى مناطه البحث فى قواعد المهنة ، وهى خارجة عن دائرة العقد[2].

٤٠ - (جـ) أن الضرر الذى ينشأ من الجريمة يوجب المسئولية التقصيرية :

فقد كانت هناك - فى القرن الماضى - نظرية لها أنصارها ومؤيدوها ، مؤداها أن كل جريمة جنائية نشأ منها ضرر للغير ، توجب المسئولية التقصيرية ، تغليباً للناحية الجنائية .

ولكن إلى أى مدى يمكن تطبيق هذه النظرية على مسئولية الطبيب ؟ [3] .

لا شك أن الطبيب يتمتع بحصانة جنائية ، ولكن هذه الحصانة

---

(١) لوران ٢٠ - نبذة ٥١٦ ، هك - نبذة ٤١٩ ، ومقال للأستاذ هنرى لالو - جازيت تريبونال - ١٩١٩/١١/٤ . عن مصطفى مرعى - المسئولية المدنية فى القانون المصرى - الطبعة الثانية ١٩٤٤ - ص١٢ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) تقرير جوسران فى دالوز ١٩٣٦ - ١-٩١ ، نطاق كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، ورسالة ليون١٩٣٦ - فقرة ٢٤٤ وما بعدها . عن د. وفاء حلمى - الخطأ الطبى - ١٩٨٧ - ص١٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) « كلما كان الخطأ المنسوب للطبيب قد تسبب عنه وفاة مريض ، أو المساس بسلامة جسمه أو صحته ، فإن المادة ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات الفرنسى تنطبقان » ديمولومب - جـ٨ - فقرة ٤٧٨ ، بارتان فى أوبرى ورو - طبعة ٥ - جـ٦ - ص٣١٧ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص١٩ ، وهامش رقم (١) .

منوطة بالتزامه أصول المهنة ، فإذا أخل بهذا الإلتزام كان مسئولاً مسئولية جنائية ، ولو اننا سلمنا بأن كل جريمة ينشأ عنها ضرر للغير توجب إعمال المادة ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ ، فإن تطبيقها على الأطباء يصبح أمراً طبيعياً (١) .

٤١ - (د) أن المسائل المتعلقة بالنظام العام توجب المسئولية التقصيرية (٢) :

وتبرير ذلك ، أنه مادام أمر العلاج يتعلق بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم ومصلحة المجتمع ، فإن هذه الاعتبارات تدخل بلا شك فى النظام العام ، ويعتبر المساس بها مساساً بالنظام العام ، وهو ما يؤدى إلى وجوب خضوع المخالف لها لقواعد المسئولية التقصيرية ، وليست العقدية .

هذا هو موقف الفقه الفرنسى المؤيد للنظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية . وهذه هى حججه التى يستند إليها فى تبرير موقفه .

على أن الفقه الفرنسى لم يلبث – كما سنرى – أن عدل عن هذا التكييف منذ أوائل القرن الماضى ، مقدماً تكييفاً آخر لمسئولية الطبيب، وملتفتاً عن الفائدة العملية التى تؤدى إليها التفرقة بين نوعى المسئولية ، فقد اعتبروها مسئولية تعاقدية ، مصدرها الاتفاق بين الطبيب والمريض . وتوقعوا أن المحاكم لابد عائدة إلى هذا التكييف، متى عرضت عليها المسألة ، فى صورة تكون فيها للتفرقة بين نوعى المسئولية أهمية عملية (٣) .

---

(١) د. وفاء حلمى – السابق – ص١٩ .

(٢) جوسران – المرجع السابق – ص٣٠٩ إلى ٣١١ – بند ٨٠ ، ص٣٢٠ – بند ١٨٩ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص١٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) كولان وكابيتان – الطبعة الثانية – حـ٢ – فقرة ٩٢٨ ، بلانيول وأسمان –حـ٢–

٤٢ - ثالثا : نقد الاستناد إلى النظرية التقصيرية كأساس للمسئولية الطبية :

لم يسلم كيان النظرية التقصيرية من سهام النقد ، بل وجهت إليه بعض الانتقادات ، نذكرها فيما يلى :

٤٣ - (أ) عدم ملاءمة تطبيق أحكام المسئولية الشيئية على المسئولية الطبية :

فعن تطبيق أحكام المسئولية الشيئية على دعاوى المسئولية الطبية ، فقد لوحظ أن أحكام هذه المسئولية محدودة التطبيق ، ولا يمكن أن تشمل مختلف الحوادث ، لأنه ليس من الضرورى أن يتلازم وجود الآلة مع توفر قيام القرينة ، كما أن من شأن تطبيق هذه الأحكام أن يساءل الطبيب ، حتى ولو لم يمكن نسبة أى خطأ إليه .

ففى حكم أصدرته محكمة التمييز الفرنسية ، قضت بأن قرينة المسئولية التى تفرضها الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى حيال من كان الشئ الذى أضر بالآخرين تحت حراسته ، لا يمكن نفيها إلا بإثبات حالة مفاجئة ، أو ظرف قاهر ، أو سبب أجنبى لا يد له فيه . وأنه لا يكتفى بإثبات المدعى عليه أنه لم يرتكب خطأ ، أو أن السبب الذى نشأ عنه الفعل الضار ظل مجهولاً .

كما لوحظ كذلك ، أن تطبيق أحكام هذه المسئولية ، من شأنه أن تتم مساءلة الطبيب ، حتى ولو لم يمكن نسبة ثمة خطأ إليه . هذا بالإضافة إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، لا تفترض وجود

- فقرة ٥٢٤ ، ديموج - حـ٥ - فقرة ١٢٣٧ ، جـ٦ - فقرة ١٨١ ، جوسران - الطبعة الثانية - جـ٢ - فقرة ١٢٨٧ ، لالو - المسئولية - الطبعة الثانية - فقرة ٤٢٢ ، مازو - المسئولية - الطبعة السادسة - فقرة ٥١١ - عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٢٠ ، وهامش رقم (١) .

القرينة ، إلا لصالح الغير ، دون الشخص الذى ارتضى تدخل الآلة فى علاجه (١) .

٤٤ - (ب) قصور النظرية التقصيرية عن تحقيق الغرض من تطبيقها :

انتقدت النظرية التقصيرية ، من حيث أنها لم تحقق الغرض من تطبيقها ، وهى التى كان الغرض من قيامها تيسير حصول المريض على حقه فى التعويض . ويتضح ذلك جليًا من مسألتى نقل عبء الإثبات ، والتقادم .

وفيما يلى ، نتناول شرح كل من هاتين المسألتين :

٤٥ - (١) مسألة نقل عبء الإثبات :

يرى البعض أن مسئولية الطبيب ليست مسئولية عقدية ، بل هى مسئولية خطئية ، قوامها خطأ أو تقصير من جانب الطبيب ، يقع عبء إثباته على عاتق المريض ، أو ذويه . وأنها مهمة ثقيلة لا شك فى ذلك ، سيما مع افتراض جهل هؤلاء بأصول العلاج ، وقواعد الفن الطبى . ولعل هذا هو ما دعا القضاء الفرنسى إلى اللجوء إلى قرينة الخطأ المفترض ، عوضًا عن الخطأ الثابت ، تيسيراً على المريض ، وضماناً لحصوله على حقه فى التعويض .

على أن الفارق بين التكييفين (الطبيعة التقصيرية والطبيعة العقدية) يكاد يكون معدومًا ، لأن التزام الطبيب لا يعدو أن يكون بوسيلة أو ببذل جهد معين ، فيقع على المريض - سواء كان بينه وبين الطبيب عقد أو لم يكن - أن يقيم الدليل على درجة العناية التى

---

(١) بسام محتسب بالله - المسئولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٤ - ص٩٦ ، ٩٧ .

كان على الطبيب أن يبذلها ، وعلى الجهد أو الاحتياط المعين ، الداخل في مدى التزامه ، والذى قصر فى بذله أو اتخاذه [1] .

٤٦ - (٢) مسألة التقادم :

كذلك ، فقد انتقدت النظرية ، من حيث أنها تؤدى إلى تطبيق مبدأ وحدة تقادم الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، والتى تسقط بمقتضاها دعوى المسئولية التقصيرية ، متى كان الخطأ المدنى مكونًا لجريمة جنائية فى ذات الوقت . فإذا ما قارنا هذه الأحكام بأحكام المسئولية العقدية ، لوجدنا أن هذه الأخيرة ، يمكن أن تحقق للمريض ميزة الاستفادة من مدة التقادم الطويل ، وهى ثلاثون سنة ، طبقًا للقانون الفرنسى [2] .

---

(١) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية فى البلاد العربية – ص٢٧٠ . عن د. محمد حسين منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٢٠٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٢٠، ٢١ .

المطلب الثانى

تحول القضاء والفقه فى فرنسا نحو الأخذ بالنظرية العقدية فى المسئولية الطبية

٤٧ - التحول كان هدفه تفادى القصور الناشئ عن تطبيق النظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية :

ما أن انصرم الثلث الأول من القرن الماضى ، حتى كان الفقه فى فرنسا ، قد تنبه إلى خطأ الاستناد إلى النظرية التقصيرية ، من حيث تطبيقها على دعاوى المسئولية الطبية .

وعلى ذلك ، فقد انتصب الفقه فى فرنسا ، منادياً بوجوب تأسيس مسئولية الطبيب ، والذى يختاره المريض أو نائبه ، لعلاجه – باعتبارها الحالة الأكثر شيوعاً – على النظرية العقدية ، بل أنه حتى عندما يكون اختيار الطبيب للمريض حاصلاً من الغير ، كمستشفى أو رب عمل ، فيكون هناك اشتراط لمصلحة المريض ، يجعل من مسئولية الطبيب مسئولية تعاقدية أيضاً .

وفيما يلى ، تفصيل ذلك :

٤٨ - محكمة النقض الفرنسية تتبنى النظرية العقدية اعتباراً من عام ١٩٣٦ :

قلنا ، فيما سبق ، أن الاتجاه الفرنسى القديم – القضاء والبعض من الفقه – كان ينزع نحو تأسيس المسئولية الطبية ، على النظرية التقصيرية ، وأنه بدأ فى التحول نحو بناء هذه المسئولية على النظرية العقدية ، منذ بداية الثلث الثانى من القرن الماضى .

- وقبل أن نعرض لتفصيلات هذا الاتجاه ، نتعرف على البداية ، حيث عرضت على محكمة النقض فى سنة ١٩٣٦ الصورة المرتقبة – والتى كان يتوقع الفقه الفرنسى حتمية حدوث هذا التحول بناء عليها،

بمجرد طرحها على القضاء الفرنسى - فى قضية كانت تدور حول تعيين المدة التى تتقادم بها دعوى المسئولية الناشئة عن إهمال الطبيب فى العلاج إهمالاً يقع تحت طائلة قانون العقوبات ، أهى مدة التقادم الجزائى (وهى ثلاث سنوات فى الجنح)، كما يؤدى إليه اعتبار هذه المسئولية تقصيرية ، أم هى مدة التقادم المدنى (وهى ثلاثون سنة) ، كما تقضى به قواعد المسئولية العقدية ؟ . وقد اضطرت المحكمة إلى التدقيق فى مسئولية الطبيب ، نظراً لما كان يجب عليها أن ترتبه على هذا التكييف من نتيجة عملية هى قبول دعوى المسئولية المرفوعة بعد انقضاء ثلاث سنوات على الإهمال المنسوب إلى الطبيب ، أو عدم قبولها . وأخيراً قضت فى العشرين من مايو سنة ١٩٣٦ ، باعتبار مسئولية الطبيب مسئولية عقدية لا تسقط بسقوط الدعوى العمومية . وقد اطردت بعد ذلك أحكام المحاكم الفرنسية فى هذا المعنى[١] .

وتتخلص وقائع هذه القضية ، فى أن السيدة (م) ، والتى كانت تشكو من حساسية فى الأنف ، راجعت أحد الأطباء المختصين بالأشعة ، والذى قام بعلاجها بأشعة إكس ، وكان ذلك فى عام ١٩٢٥. وإذ أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية فى وجه السيدة المريضة، فقد قام زوجها برفع الدعوى نيابة عنها فى عام ١٩٢٩ ، أى بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على انتهاء العلاج ، والتى طالب فيها الطبيب بدفع مبلغ التعويض عما لحق بزوجته من ضرر .

أصدرت محكمة استئناف «إكس» فى ١٩٣١/٧/١٦ حكماً تضمن الرد على دفع الطبيب المدعى عليه ، والذى كان قد دفع بسقوط الدعوى بالتقادم ، وانتهت إلى القضاء على الطبيب بالتعويض . وجاء بأسباب الحكم : إن الدفع بالتقادم ، طبقاً لنص المادة (٦٣٨) من أصول المحاكمات الجزائية الفرنسى ، لا ينطبق على هذه الدعوى ،

---

(١) د. سليمان مرقس - السابق - بند ٣٦٨ - ص٤٧٨ .

لأنها ليست سوى (مسئولية مدنية ناشئة عن عقد) سبق إبرامه بين الطبيب المدعى عليه ، وبين مريضه (السيدة م) ، يلتزم الطبيب بموجبه ببذل عناية (دقيقة ومستقرة ومعينة) . وإذ عرض الحكم على محكمة النقض الفرنسية ، فقد انتهت إلى تأييده [1] .

وننتقل الآن إلى بحث التفاصيل ، وذلك على النحو التالى :

٤٩ - أولاً : طبيعة مسئولية كل من الطبيب العادى وطبيب المستشفى :

إذا كان القضاء والفقه فى فرنسا قد اتجه نحو الأخذ بالنظرية العقدية فى المسئولية الطبية ، فقد أضحت المسألة بحاجة إلى تفصيل، يتعلق بطبيعة مسئولية الطبيب العادى ، وطبيب المستشفى ، وذلك على النحو التالى :

٥٠ - (أ) الطبيعة العقدية لمسئولية الطبيب العادى :

يتجه القضاء والفقه فى فرنسا – منذ التحول الذى أشرنا إليه – نحو اعتبار العلاقة بين المريض وبين الطبيب ، ذات طبيعة عقدية ، بمقتضاها يلتزم الطبيب بأن يقدم للمريض العناية اليقظة التى تستوجبها حالته ، وظروفه الخاصة ، عناية مشروطة بأن تكون متفقة وأصول المهنة الطبية ، ومقتضيات التطور العلمى ، فإذا ما حدث إخلال بهذا الالتزام ، ترتبت عليه مسئولية الطبيب ، باعتباره إخلالاً بالتزام عقدى [2] .

وغنى عن البيان ، أنه كان للحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية ، فى العشرين من مايو سنة ١٩٣٦ ، فضل تحديد طبيعة مسئولية الطبيب ، طبقاً للاتجاه الحالى ، والذى بزغت خيوطه مع

---

(١) عن د. عبد الحميد الشواربى – مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات – ١٩٩٨ – ص٩٨ ، ٩٩ .

(٢) د. محمد حسين منصور – المسئولية الطبية – منشأة المعارف بالاسكندرية – ص١٣٦ .

صدور الحكم المذكور ، وهو المعمول به فى فرنسا حتى الآن .

فقد قضت المحكمة بأن ما يبرم بين الطبيب والمريض ، من عقد صحيح ، وإن كان لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض ، إلا أنه يتضمن التزامه فى القليل بأن يبذل جهوداً خاصة ، مصدرها الضمير، ومؤداها اليقظة ، مع مطابقتها - فى غير الأحوال الاستثنائية - للأصول العلمية الثابتة ، وهى الأصول المستقر عليها لدى أهل هذا العلم ، الذين لا يمكنهم التغاضى عن الجهل بها ، أو التسامح فى تجاوزها ممن ينتسب إليهم . وليس يحتم هذا اتباع الطبيب للرأى الذى يتبعه غيره ، إذ له أن يستقل فى ذلك . ولا تقوم مسئوليته إلا بالتطبيق الجاهل لأصول علم الطب . أما الظروف الاستثنائية ، فإنها تعنى ما قد يعترض الطبيب اليقظ من حالة محيرة، تستدعى خروجه فى العلاج عما هو ثابت فى الأصول الفنية، لما يعتقده فى جهوده الصادقة ، وفى يقظته ، أنه لنفع المريض، مع وجوب التناسب يبن تعريضه للخطر وما يرجى له من نفع . وإن الإخلال بهذا الإلتزام العقدى ، ولو كان على غير عمد ، فإنه يوجب مساءلة الطبيب على أساس المسئولية العقدية (1) .

وإذ إطرد القضاء فى فرنسا على اتباع هذه النظرية (2) - كما سبق البيان - فقد سايره الفقه بدوره ، التحاقاً به فى ذات الاتجاه .

وطبقاً للاتجاه المشار إليه ، فإن المريض الذى يدعى إخلال الطبيب بالتزامه ، لا يلتزم بشئ سوى إثبات وجود العقد . أما إذا ترتبت على العلاج أضرار ، لا تتفق فى جسامتها مع النتائج المتوقعة للعلاج المألوف ، فإن المريض يعفى من إثبات خطأ الطبيب حيث يعد

---

(1) عن « المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية » - حسين عامر - الطبعة الأولى ١٩٥٦ - بند ١٤٣ - ص١٢٣ .

(2) محكمة النقض الفرنسية ، فى ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ - سيرى ١٩٣٨ - ١ - ٥ - عن حسين عامر - السابق - ص١٢٤ وهامش رقم (1) .

هذا الخطأ من الوضوح الكافى ، على ضوء الاحتمالات الطبيعية للعلاج ، والظروف الاستثنائية ، التى تدخل فى حيز المتعارف عليه .

وتظل مسئولية الطبيب تعاقدية ، حتى لو كان العلاج والرعاية الطبية قد تمت بدون مقابل من جانب المريض ، أى على سبيل الود والصداقة .

واخيراً . فإن أحكام المسئولية عن فعل الأشياء لا تنطبق فى الحالات التى تنتج عن إستخدام الطبيب لأدوات وآلات طبية أضرار للمريض ، حيث تنطبق عليها قواعد المسئولية التعاقدية ، لا الشيئية[1] .

٥١ - (ب) الطبيعة العقدية لمسئولية طبيب المستشفى :

كذلك يتجه القضاء والفقه فى فرنسا – منذ ذلك الحين – نحو اعتبار مسئولية طبيب المستشفى تجاه المريض الذى يعالجه مسئولية عقدية ، وذلك على التفصيل التالى :

٥٢ - (١) مسئولية طبيب المستشفى الخاص :

إذ تنتظم العلاقة بين الطبيب والمستشفى الخاص الذى يعمل به ، يجد الطبيب نفسه ، وقد دخل فى علاقة مباشرة مع المرضى نزلاء المستشفى المذكور . فعلى أى أساس قانونى يمكن أن تقوم العلاقة بين هذا الطبيب ، وبين نزلاء المستشفى ؟ .

ذهب اتجاه إلى إعتبار مبنى هذه العلاقة الاشتراط لمصلحة الغير ، إذ هى مترتبة على عقد إيجار الأشخاص المبرم ما بين الطبيب وإدارة المستشفى ، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٥٤/١٢/١٧ .

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – ص١٣٧ ، ١٣٨ .

وقد تعرض هذا التكييف من قبل محكمة النقض . لانتقادات مؤادها أنها تجاهلت في تأصيلها القانوني العلاقة المباشرة التي بين الطبيب والمريض ، بغض النظر عن العلاقة بين المريض والمستشفى. فإذا كان الطبيب مكلفاً من قبل إدارة المستشفى بالقيام بعلاج المرضى المترددين عليه . وهذا بطبيعته عمل فني ينفرد به الطبيب ، فلابد إذن، لتنفيذه من أن يتصل الطبيب المعالج اتصالاً مباشراً بالمريض ، وإجراء الفحص الطبي المناسب لحالته ، حتى ولو إقتصرت هذه العلاقة المباشرة بين الطرفين على مجرد سؤال المريض ومناقشته بخصوص حالته الصحية السابقة ، فإن تلك المناقشات ، عادة ، ما تسمح بإنشاء علاقة مباشرة تعاقدية مع المريض . وكذلك في حالة الظرف الطارئ ، الذي يستوجب من الطبيب القيام بإجراء العلاج والتدخل الجراحي ، إذا ما قبل المريض بذلك. وفي هذه الظروف يقبل الطبيب – بعد إجراء الفحص – بالقيام بالعمل الفني الذي طلبه المريض ، أو فرض عليه . فالمسئولية هنا لا تكون إلا تعاقدية . ولا يجوز القول بالمسئولية التقصيرية – في هذه الحالة – إلا إذا كان الطبيب يجهل واجباته ، فلم يتصل من الأصل بالمريض .

بل أنه علاوة على ذلك ، أن المريض قد يتوجه – عمليًا – إلى المستشفى الخاص ، واضعاً في اعتباره الأول شخصية الطبيب المعالج. فطبقًا لهذه المعايير ، فإنه يمكن القول بوجود علاقة مباشرة بين الطبيب والمريض [1] .

٥٣ - (٢) مسئولية الطبيب الذي يعمل ضمن فريق طبي :

هذا الطبيب قد يكون هو رئيس الفريق ، كما قد يكون أحد المتخصصين الذين تمت الاستعانة بهم لإتمام العلاج ، أو أثناء العمل

---

(١) د. أحمد محمود سعد – مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – رسالة دكتوراه – بند ١٤٨ – ص٢٧٠ ، ٢٧١ .

الجراحى . أو قد يكون هو أحد أعضاء الفريق الطبى بشكل ما أو آخر.

وفيما يلى ، نتناول طبيعة مسئولية كل من هذه الفئات ، بشئ من التفصيل :

٥٤ - • رئيس الفريق الطبى :

طبيعة مسئولية رئيس الفريق الطبى تحكمها العلاقة المباشرة التى نشأت بينه وبين المريض لإجراء العلاج المطلوب ، وأنه يجب لتكييف المسئولية على أنها عقدية أن يكون العقد الذى أبرم بينهما عقداً صحيحًا . فإذا كان العقد باطلاً ، فإن المسئولية تكون تقصيرية(١).

٥٥ - • الأطباء المتخصصون فى الفريق الطبى :

قد يستعين رئيس الفريق الطبى بأحد الأطباء المتخصصين لمعاونته فى العمل الطبى ، كأن يستعين بأحد أطباء التخدير أثناء إجراء العملية الجراحية ، أو يستعين بأحدهم لمراقبة حالة المريض البيولوچية ، من دون التدخل فى العمل الجراحى .

وقد ذهب اتجاه إلى أن هذا الطبيب لا يمكنه القيام بإجراء العمل المكلف به ، من قبل أن يتصل بالمريض ويخبره ، ويلتزم معه فى علاقة تعاقدية ، حتى ولو كان هذا العقد مختاراً ، بل ومفروضاً من قبل رئيس الفريق الطبى .

وترى الأستاذة «امبياليه» ، أن هذا الرأى من شأنه أن يثير مشكلة المسئولية عن فعل الغير . وهى تتساءل : لمن توجه المريض ؟ حقيقة

---

(١) د. محمود سعد – السابق – بند ١٤٩ – ص٢٧٢ . وقد ذهب «إهرنج» إلى اعتبار المسئولية العقدية تولد فى بعض الأحيان مسئولية تعاقدية ، طبقاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد . وأساس هذا الإلتزام الخطأ التعاقدى ، إذ انه مبنى على عقد ضمان التزم بمقتضاه كل متعاقد أن يضمن للمتعاقد الآخر صحة العقد . وإلا يوجد من جانبه سبب يوجب بطلان العقد – المرجع السابق – هامش رقم (٢) .

القول أن المريض قد توجه للطبيب الجراح أو رئيس الأطباء ، وهو الذى التزم معه بمعالجة المريض . وقد وعده بذلك عن طريق العقد الذى أبرمه معه ، بينما المساعد لم يعد المريض بأى شئ .

كما ذهب اتجاه آخر إلى أن الراى الصحيح فى كل هذه الإفتراضات ، أن رئيس الفريق الطبى هو الذى يتحمل المسئولية ، على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وفقًا للمبدأ العام . وقالوا تعليلاً لذلك أنه - أى رئيس الفريق الطبى - هو الذى أبرم العقد الرئيسى مع المريض بقصد إجراء العلاج ، ومستلزماته . وأنه حتى لو سلمنا بأن أحد أعوانه كطبيب التخدير قد أبرم عقداً مع المريض نفسه ، فإن عقده هذا يظل تابعًا ومندمجًا فى العقد الأساسى، الذى أبرمه رئيس الفريق الطبى مع المريض ، وأن هذا يختلف - بطبيعة الحال - عن تدخل شخص ثالث ينيبه رئيس الفريق الطبى فى تنفيذ جزء من العقد . ففى هذه الحالة ، فإن على هذا الأخير أن يضمن نتائج عمله، فى مواجهة المريض (١) .

ويرى الدكتور محمود سعد أن التكييف على هذا النحو ينطوى على خلط لقواعد المسئولية العقدية ، مع قواعد المسئولية عن فعل الغير . فهو يرى أننا إذا سلمنا بأن رئيس الفريق الطبى يسأل مسئولية تعاقدية عن فعل من إستعان بهم فى تنفيذ التزامه نحو المريض ، إلا أنه لا يسلم بإمكان رجوع المريض على المساعد إلا بدعوى المسئولية التقصيرية ، وفقًا للمادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ مدنى فرنسى ، حيث لم يرتبط معه بثمة علاقة تعاقدية ، وأن دور المساعد

---

(١) د. محمود سعد - السابق - بند ١٥٠ - ص٢٧٢ إلى ٢٧٤ . وقد اشار «بيكيه» فى سنة ١٩١٤ ، إلى أن المسئولية عن فعل الغير فى المجال العقدى ، يجب أن ترتكز على نصوص القانون المتعلقة بعدم تنفيذ الاتفاقات ، وعليها فقط ، اى انها تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير . (راجع د. محسن عبد الحميد البيه - نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية - ١٩٩٣ - بند ٥٣ - ص٨٥) .

قد يأتي – عادة – والمريض فى حالة غيبوبة . ولا يمكن افتراض انصراف إرادة المريض إلى التعاقد معه فى هذه الحالة .

وينتهى الدكتور سعد من ذلك إلى أنه يمكن للمريض أن يستفيد من قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير ، طبقاً لنص المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى ، وذلك فى رجوعه على رئيس الفريق الطبى المتعاقد معه ، باعتباره مسئولاً عن فعل من استعان بهم فى تنفيذ التزامه تجاهه ، وذلك دون تحديد لهؤلاء المساعدين الذين استعان بهم ، كما أن له – فضلاً عن ذلك – أن يرجع مباشرة على المساعد ، بدعوى المسئولية التقصيرية (١) .

وفى تقديرنا ، أن قواعد المسئولية عن فعل الغير – والتى تتحدد هنا بناء على اتفاق الطبيب والمريض – قد وضعت لمواجهة الحالات التى يعهد فيها المدين إلى الغير بتنفيذ كل أو بعض التزامه . فإذا كان المدين العادى يستطيع أن يتخلص من المسئولية بالنص على الإعفاء منها كلها أو بعضها ، فإن الوضع يختلف فى حالة المسئولية الطبية ، حيث أنه من المعروف أن الالتزامات الناشئة عن عقد العلاج ، هى فى جوهرها التزامات قانونية ومهنية . ومن جهة أخرى ، فإذا كان الاتفاق حول مدى المسئولية عن فعل الغير هو المعول عليه فى تحديدها ، فإنه لا يمكن تحديدها بناء على حالة المريض – والذى قد يكون فى حالة غيبوبة أثناء العلاج – بل أن قبول المريض لاستخدام الطبيب للغير فى مراحل العلاج المختلفة ، ينفى أى استثناء من شأنه أن يؤدى إلى استبعاد مسئولية الطبيب عن الغير الذين يستخدمهم فى علاجه للمريض ، خصوصاً إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التى يكون فيها التدخل الطبى ضرورياً وعاجلاً ، مثل حالة الغيبوبة التى قد يتعرض لها المريض . بل أن هذه الحالة هى الأدعى إلى افتراض قبول

---

(١) د. محمود سعد – السابق – بند ١٥٠ – ص٢٧٤ .

المريض لاستخدام الغير فى علاجه ، لا إلى افتراض عدم قبوله لتدخل المساعد الذى اختاره رئيس الفريق الطبى ، لعلاجه أثناء وجوده فى هذه الحالة .

٥٦ - • **الطبيب العضو فى الفريق الطبى :**

يعد الطبيب العضو فى الفريق الطبى مسئولاً مسئولية مباشرة[1] تجاه المريض . وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه والقضاء، حيث يتجه هذا الاتجاه إلى أن مسئولية الطبيب العضو فى الفريق الطبى ، هى مسئولية تعاقدية .

وقد ذهبت محكمة « سين » إلى أن فريق الجراحة يلتزم بالتزام جماعى لأمن المريض . وفى حالة عدم وجود سبب أجنبى ، فإن الأطباء الذين يكونون ذلك الفريق الجراحى يعتبرون مسئولين . ولهذا فإنهم يلتزمون بتعويض الضرر الناجم عن وفاة المريض ، بسبب انفجار آلة التخدير .

وعلى ذلك ، فإذا اعتبرت مسئولية عضو الفريق الطبى تعاقديه ، فالقاعدة أنه لا يسأل إلا فى حدود ما تسبب فيه فعل من أضرار ،

---

(١) اثير التساؤل حول ما إذا كان الطبيب الجراح يعد نائباً عن زملائه فى التعاقد مع المريض ، بحيث يكفى تعاقده مع المريض ، ليعد باقى الفريق الطبى فى حالة موافقة على علاجه . أجاب المشرع الفرنسى على هذا التساؤل فى قانون تنظيم مهنة الطب ، حيث نصت المادة ٥٩ من هذا القانون على أنه : « عندما يستدعى طبيب لفريق من الأطباء لمساعدته فى علاج مريض معين ، فإن كل طبيب من هذا الفريق يتحمل مسئوليته الشخصية » بل أن القضاء قد اعتبر هذه المسئولية مسئولية عقدية ، على الرغم من أن الرضاء كان ضمنياً . (نقض مدنى فرنسى فى ٢٧ مايو ١٩٧٠ ، دالوز ١٩٧٠ ملخص ص١٨٦ . ونقض مدنى فرنسى فى ١٧ مارس ١٩٧٠ . دالوز ١٩٧٩ – ص١٧٦) . وهذا صحيح ، خاصة وأن استقلال كل طبيب عن زملائه وتخصصه المستقل وعدم تلقيه لأوامر وتعليمات من غيره ، كل ذلك كفيل بنفى المسئولية عن فعل الغير، ويدفع بالموضوع فى نطاق المسئولية العقدية المباشرة (د. السعيد رشدى – السابق – ص١٠٢ ، ١٠٣) .

اللهم إلا إذا إتفق أعضاء الفريق على أن تكون مسئوليتهم تجاه المريض مسئولية تضامنية . أما لو سلمنا بمسئولية العضو التقصيرية . فإن التضامن يكون مفترضًا بين أعضاء الفريق ، طبقاً لما تقضى به القواعد العامة (١) .

٥٧ - ثانيًا : طبيعة مسئولية الطبيب عن فعل الغير :

بعد أن أضفى القضاء الفرنسى الصفة العقدية على مسئولية الطبيب والجراح ، كان من الواجب الانتظار إلى ما يقرب من ربع قرن ، حتى تقبل محكمة النقض هناك الطبيعة العقدية لمسئولية الطبيب والجراح عن فعل الغير ، حيث قررت بوضوح إن « الجراح الذى اختاره من ستجرى له العملية الجراحية لثقة فيه . يكون ملتزماً بإفادته من هذه العملية ، بالنسبة لمجموع التدخلات التى تتم بعناية منتبهة ويقظة ومطابقة لمعطيات العلم ، وبالتالى ، فإنه يسأل عن الأخطاء التى قد يرتكبها الطبيب الذى لجأ إليه الجراح من أجل تخدير المريض ، والذى يحل محل الجراح ، دون أى رضاء من هذا المريض ، للوفاء بجزء لا يتجزأ من التزامه » (٢) .

وإذا كان الغالب أن تجد هذه المشكلة مجالاً خصباً ، فى الأحوال التى يبرم فيها المريض عقداً مع الجراح ، حيث يمكن مساءلة هذا الأخير عن أعضاء الفريق الطبى ، على أساس المسئولية العقدية . فثمة حالات لا يكون لهذه المسئولية نصيب ما عند وقوع الخطأ . وهاتان الحالتان هما :

٥٨ - الحالة الأولى : انتفاء العلاقة التعاقدية بين الجراح وبين المريض :

ومن أمثلة هذه الحالة ، حالة المريض الذى لم يقبل إجراء

---

(١) د. محمود سعد - السابق - بند ١٥١ - ص٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٢) د. محسن البيه - السابق - بند ٥٢ - ص٨٥ .

العملية الجراحية ، بسبب حالته العاجلة التى لا تحتمل التأخير . وهى تكثر فى أحوال الحوادث المرورية التى تقع على الطرق العمومية، حيث يتم نقل المصاب على الفور إلى إحدى المستشفيات الواقعة على الطريق ، أو القريبة منه .

ولا يختلف الأمر عندما يعتنى جراح بطفل مصاب ، دون أن يكون لديه الوقت الكافى للبحث عن أقاربه أو الحصول على موافقتهم(١) .

٥٩ - الحالة الثانية : الضرر الشخصى الذى يلحق بالورثة بسبب موت المريض :

تثور المشكلة أيضًا ، عندما يموت المريض بسبب الجراحة أو العلاج ، فهل يستطيع ورثته أن يتمسكوا فى مواجهة الطبيب الجراح أو المعالج بالأساس التقصيرى ، للمطالبة بتعويض ما أصابهم من ضرر شخصى ؟ .

الواقع ، أنهم يكونون فى هذا الفرض من الغير ، بالنسبة للعقد المبرم بواسطة مورثهم . وعلى هذا النهج سارت محكمة النقض الفرنسية ، فأيدت تمسك الورثة بالأساس التقصيرى ، وذلك فى حكمها الصادر فى الأول من أبريل سنة ١٩٦٨ ، وفيه ميزت المحكمة بين دعوى الورثة الشخصية ، وبين دعواهم كامتداد للمورث ، حيث يتقيدون فى هذه الدعوى الأخيرة فقط ، بما أبرمه مورثهم من عقد مع الطبيب الجراح أو المعالج .

ومع ذلك ، فيبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت لاحقاً عن هذا الموقف ، مرتأية أن الورثة لا يستطيعون التمسك بالمسئولية التقصيرية ، حتى عندما يطالبون بتعويض عما أصابهم من ضرر

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٤٧ – ص٧٧ ، ٧٨ .

شخصى بسبب موت مورثهم ، إذ يتقيدون أيضاً بما أبرمه المريض (المورث) مع الطبيب من عقد العلاج [1] .

٦٠ - ثالثاً : الحالات التى تخرج عن نطاق النظرية العقدية :

على أنه توجد هناك بعض الحالات التى يحتم المنطق القانونى خروجها من نطاق النظرية العقدية ، وهى :

٦١ - (أ) حالات الخطأ التقصيرى البحت :

لا ريب فى اعتبار مسئولية الطبيب والجراح تقصيرية ، فى تلك الأحوال التى يكون فيها الفعل الضار الذى يدعيه المضرور لا صلة له بتلك العلاقات التعاقدية التى تقوم بين الطبيب والمريض ، كما فى حالة الطبيب الذى ترك فى كتابه الطبى بعض أغلاط مطبعية ، فى مقادير جرعات الدواء ، مما تسبب فى وفاة المريض [2] ، والطبيب الذى يحرر مجاملة شهادة طبية لإدخال مريض بالمستشفى [3] .

٦٢ - (ب) حالات انتفاء العقد :

وهذه هى الحالات التى تنعدم فيها الرابطة التعاقدية ، لسبب ما يتعلق بالمريض ، أو بالطبيب ، أو بطبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى الذى يعالج فيه المريض .

٦٣ - (١) حالة انعدام الفرصة أمام المريض للتعبير عن إرادته :

ومن أبرز أمثلة هذه الحالات إسعاف المصابين فى الحوادث التى

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٤٨ - ص٧٨ - ٧٩ .

(٢) محكمة « السين » فى ١٢ ابريل سنة ١٩١٣ - جازيت دى تربينو ١٩١١ - ٣٧٤ - عن حسين عامر - السابق - بند ١٤١ - ص١٢١ ، وهامش رقم (٤) .

(٣) محكمة «نيم» ، فى ٣ يوليو ١٩١١ - دالوز ١٩١٤ - ٢ - ٨٥ ، ومحكمة «جرينوبل» فى ١٢ مارس ١٩٣١ - جازيت دى باليه ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ - المرجع السابق ، وهامش رقم (٥) .

تتسبب عن وسائل النقل ، وتلك الناشئة عن الكوارث ، كإشتعال الحرائق ، وتهدم المبانى ، وغرق السفن فى البحار ، وما إلى ذلك ، حيث تنعدم الفرصة أمام المنكوبين من هذه الحوادث للتعبير عن رغبتهم ، بمعنى اختيار الطبيب الذى يتولى اسعافهم وحيث تحتم الضرورة على الطبيب أن يهب لنجده كل من هو بحاجة إلى المساعدة الطبية ، طبقاً لما يمليه عليه ضميره ، ويفرضه عليه إلتزامه المهنى الذى توجبه القوانين ، ويجرى به العرف ، وتحض عليه مواثيق شرف المهنة .

ولا يغير من ذلك ، أن يكون تدخل الطبيب لإسعاف الشخص المنكوب ، قد تم بناء على دعوة الجمهور له ، مادام أن الجمهور ليست له الصفة فى تمثيله (١) .

ويدخل فى ذلك أيضاً الحالة التى يضطر فيها الطبيب إلى التدخل لإجراء عملية جراحية ، متى كان المريض فى حالة من الخطر ، أو كان مخدراً تخديراً ، لا يمكنه معه التعبير عن رضائه (٢) .

ومن الواضح ، أنه فى مثل هذه الحالات ، لا يمكن القول بوجود علاقة تعاقدية ، بين كل من الطبيب ، وبين من تلقى عنه العلاج ، أو المساعدة الطبية ، أو أجريت له العملية الجراحية .

٦٤ - (٢) حالة إمتناع الطبيب عن العلاج أو عن تقديم المساعدة الطبية :

وصورة هذه الحالة ، أن يمتنع الطبيب عن علاج المريض ، فى حالة عدم وجود طبيب آخر ، أو من نفس التخصص ، أو إذا كانت الحالة لا تسمح باللجوء إلى غيره ، إذ أن من شأن ذلك أن يجعل

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – منشأة المعارف – ص١٤٠ .

(٢) بسام محتسب بالله – السابق – ص١٠١ ، ١١٠ .

الطبيب مرتكبًا لعمل يتنافى مع إلتزامه المهنى ، والواجب عليه كطبيب.

كما تتوفر هذه الحالة ، أيضًا ، إذا إمتنع الطبيب عن تقديم المساعدة الطبية لمن يحتاج إليها من المنكوبين ، دون مبرر مشروع ، ورغم طلبها منه ، وقدرته على تقديمها .

فإذا كان الطبيب حراً فى مزاولة مهنته – من حيث المبدأ – كيفما شاء ، إلا أنه ، فى واقع الأمر ، مقيد – كما قلنا آنفاً – بما تفرضه عليه القوانين ، وما يجرى به عرف المهنة الطبية ، وإلا كان متعسفًا فى إستعمال حقه (١) .

وأيضًا فإنه من الواضح أن مسئولية الطبيب ، فى هذه الحالة ، ليست مسئولية عقدية ، مادام أن العقد يتطلب القيام بنشاط إرادى متبادل ، قوامه التعبير عن قصد إبرام العقد ، والتقيد بالإلتزامات التى تنشأ عنه ، فإذا كان ما صدر عن الطبيب لا يدل على ذلك ، فمن الصعب القول بنشوء العقد . وهو ما يؤدى إلى قيام مسئولية الطبيب التقصيرية ، وليست العقدية .

٦٥ - (٣) حالة كون العلاقة بين الطبيب والمستشفى علاقة تنظيمية :

وصورة هذه الحالة . أن يكون العلاج ، أو الجراحة ، قد تم بأحد المستشفيات العادة ، والتى يعمل بها الطبيب المسئول .

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – منشأة المعارف – ص ١٤٠ ، ١٤١ . ولهذا أقام الفقيهان «مازو» والدكتور وديع فرج المسئولية التقصيرية على الطبيب الذى يرفض زيارة مريض فى منطقة منعزلة ، وهو يعلم أن تدخله الفورى لا غنى عنه . وعلى العكس يقول الفقيهان فى موضع آخر أن الطبيب الذى يرفض إستقبال مريض فى المدينة ليس هناك ما يدل على خطورة حالته ، لا يرتكب اى خطأ . فى حين أنه لو امتنع نفس الطبيب عن ربط شريان نازف لجريح لإرتكب خطأ يسأل عنه مدنيًا (مازو – المسئولية المدنية – رقم ٥٣٧ ، ٥٤٢ – ص٥١٤ ، ٥٣٧ ، ود. وديع فرج – المرجع السابق – ص٤٤٢) .

ومن الواضح ايضًا ، فى هذه الحالة ، أن ما يتلقاه المريض من علاج ، أو يجرى له من جراحة ، لا يتم بناء على العقد ، وإنما بناء على القوانين التى تنظم علاقة العاملين بالدولة ، بالجهات الإدارية التى يعملون بها . هنا أيضًا لا يمكن القول بأن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية ، بل هى مسئولية تقصيرية .

٦٦ - (٤) حالة التدخل للعلاج بغير طلب من المريض :

وصورة هذه الحالة ، هى أن يتولى الطبيب علاج المريض ، بغير طلب منه ، أو من أحد ممن له شأن فى ذلك (١) . وهى تختلف عن صورة إنعدام الفرصة أمام المريض للتعبير عن رضائه ، فى أن المريض هنا يكون فى حالة تسمح له بهذا التعبير . والجوهرى فى هذه الصورة ، هو عدم إختيار المريض ، أو من يمثله الطبيب الذى تقدم لعلاجه .

فإذا ما إنعقدت مسئولية الطبيب ، فى هذه الحالة ، فمن الواضح أنها تكون تقصيرية ، وليست عقدية .

٦٧ - (جـ) حالات بطلان العقد :

قد يحدث أن ينشأ عقد العلاج باطلاً ، لسبب من الأسباب التى تتعلق بشروط صحته ، فإذا نشأت عنه مسئولية الطبيب ، فإنه لا يمكن القول بأنها مسئولية عقدية ، والفرض هنا أن العقد باطل ، أى غير صحيح .

ومن أمثلة هذه الحالات ، أن يقوم الطبيب بإجراء جراحة للمريض ، قبل ، أو دون الحصول على موافقته ، أى رضائه ، فى الأحوال التى يلزم فيها ذلك ، أو على الرغم من علمه بعدم موافقته على إجرائها .

---

(١) حسين عامر – السابق – بند ١٤١ – ص١٢٢ .

كما تتوافر هذه الحالة ، إذا كان سبب العقد مخالفًا للنظام العام أو الآداب .

ومن أمثلة ذلك ، أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية لسيدة لإزالة مبيض التناسل . أو أن يتعاقد مع المريض على إجراء تجربة من التجارب الطبية ، لا لرفع علة ما يعانى منها المريض ، وإنما من أجل دعم بحث من البحوث الطبية .

ومن الواضح ، من هذه الأمثلة ، أن العقد الطبى قد نشأ باطلاً لعدم مشروعية السبب . ولازم ذلك أن تتحقق مسئولية الطبيب التقصيرية ، وليست العقدية .

٦٨ - (د) حالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائيًا :

فقد تأخذ مخالفة الطبيب لإلتزامه طابعًا جنائياً ، عندما يكون الفعل المنسوب إليه جريمة من الجرائم الخاضعة لتأثيم القانون . فى هذه الحالة ، فإن سبب المسئولية سوف يعزى إلى الفعل المكون للجريمة ، ويكون القضاء الجنائى مختصاً بالدعوى المدنية .

وعلى هذا الأساس ، فقد طبق القضاء الفرنسى المبدأ السابق ، بمناسبة نسيان الجراح لأداة من أدوات الجراحة بالجرح ، مما تسبب عنه وفاة المريض .

وينطبق ذلك بصفة عامة ، فى كل حالة يترتب على الإهمال الجسيم للطبيب وفاة المريض . ومثل ذلك الطبيب الذى كان يتابع حالة مريضه ، ويعلم ما لديها من إضطرابات دموية ، يمكن أن تسبب لها نزيفًا حاداً ، لدى أى تدخل جراحى ، ومع ذلك يقوم بالتدخل ، دون اتخاذ أية إحتياطات فى هذا الشأن [1] .

فى هذه الحالة ، تقوم مسئولية الطبيب التقصيرية ، إلى جانب

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – منشأة المعارف – ص١٣٨ ، ١٣٩ .

المسئولية العقدية ، طبقًا لرأى القائلين بالخيرة ، من الفقهاء الفرنسيين .

٦٩ - (هـ) حالة الخطأ الخارج عن العقد :

والخطأ الخارج عن العقد ، هو الخطأ الذى يقع من الطبيب ، بمناسبة تنفيذ عقد العلاج ، وينشأ عنه الضرر للغير ، فإذا أصيب المريض بضرر ما من جراء خطأ الطبيب فى العلاج ، أو أصيب الغير، أى الشخص غير المريض ، والذى لم يرتبط بعقد مع الطبيب، بضرر ما من جراء إهمال الطبيب ، فلن تكون هناك مشكلة فى تكييف المسئولية . حيث تكون مسئولية عقدية فى الحالة الأولى ، وتقصيرية فى الحالة الثانية .

ومن أمثلة هذه الحالة ، أن يهمل الطبيب فى رعاية أحد المرضى المختلين عقليًا ، والذى يتولى الإشراف على علاجه ، ومتابعة حالته ، ثم يحدث أن يصيب هذا المريض أحداً من الغير . أو أن تحدث العدوى للغير ، عن طريق أحد المرضى ، الذى يتولى الطبيب علاجه ورعايته ، أو بسبب إستعمال أحد الآلات أو الأدوات المستخدمة فى علاج هذا المريض . ويشرط أن يترتب هذا الضرر عن إهمال الطبيب [١] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة «دويه» بمسئولية مدير مصحة عن التعويض لصالح ممرضة كانت تعمل عنده كأمينة على الملابس. وقد عهد إليها بالعمل فى الأشعة تحت رئاسة طبيب القسم المختص، فترتب على ذلك أن أصيبت بحروق من الأشعة مع تقرحات بحالة مزمنة ، إقتضت ربط يديها على وجه الدوام ، وعطلتها عن العمل . وقد أخذت المحكمة على الطبيب أنه عهد إلى هذه الممرضة التى

---

(١) د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص١٤٠ ، وراجع اشارته الواردة فى هامش (١٥) . كما يدخل فى عداد هذه الحالة ، حالة ما إذا أصاب الطبيب الجراح مساعداً له ، أثناء قيامه باجراء عملية من العمليات لأحد المرضى .

لا خبـرة لها بإستعمال هذه الأجهزة الخطرة ، دون أن يتخذ لذلك أى إحتياط [1] .

٧٠ - (و) حالات إمتناع الإستناد إلى العقد :

وفى هذه الحـالات ، يمتنع على الدائن الإسـتناد إلى العقـد ، إما بسبب عدم إنصراف نية المتعاقد لصالح المريض ، إلى ترتيب حق مباشر له من العقد . وإما بسبب إستخدام المدعى لحقه الشخصى ، غير الناشئ عن العقد فى مطالبة المدين بتعويض الضرر الذى أصيب به . وفيما يلى نعرض بإيجاز لكل من هاتين الحالتين :

٧١ - (١) حالة التعاقد لصالح المريض مع عدم ترتيب حق مباشر له من العقد :

قد يحدث أن تكون لشخص ما مصلحة شخصية فى التعاقد مع الطبيب لصالح المريض ، دون أن يقصد ترتيب حق مباشر له من هذا التعاقد . كالزوج ، أو القريب ، أو رب العمل ، الذين يتعاقدون لصالح الزوجة أو القريب المريض ، أو العمال المرضى الذين يعملون لدى رب العمل .

فإذا ما تم التعاقد على هذا النحو ، فإنه يكون من حق المتعاقد أن يرجع على الطبيب – متى إنعقدت مسئوليته – بدعوى المسئولية العقدية ، أما المريض ذاته ، فلا يكون له ، فى هذه الحالة ، إلا الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

٧٢ - (٢) حالة المطالبة بالتعويض إستناداً للحق الشخصى غير الناشئ عن العقد :

لا جدال فى أنه متى كانت دعوى التعويض قد أقيمت من قبل المريض ذاته، فإنها تستند إلى عقد العلاج ، متى ثبت وجود هذا العقد

---

(١) محكمة «دويه» ، فى ١٢ أكتوبر سنة ٩١٢ – دالوز ١٩١٥ – ٢ – ٤٧ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤١١ وهامش رقم (٥) .

والأمر كذلك ، فيما لو أقيمت الدعوى ، من قبل خلفه العام ، أى ورثته ففى كلتا الحالتين ، تكون مسئولية الطبيب عقدية ، لإستنادها إلى العقد .

على أن الحكم سوف يتغير ، فيما لو أقيمت الدعوى ، من قبل الورثة ، ضد الطبيب ، لا بصفتهم كورثة ، وإنما بصفتهم الشخصية ، حيث يمتنع الإستناد إلى العقد . والأمر كذلك ، فيما لو كانت الدعوى قد أقيمت من قبل أقارب المريض ، من غير ورثته ، أو من قبل الغير ، الذى أصابه الضرر ، من جراء خطأ الطبيب .

ومن الواضح ، أنه فى مثل هذه الحالات تنعقد مسئولية الطبيب على أساس المسئولية التقصيرية ، وليست العقدية [١] .

٧٣ - رابعاً : نتائج النظرية العقدية فى المسئولية الطبية :

تنقسم النتائج التى يؤدى إليها تطبيق النظرية العقدية إلى نتائج موضوعية ، وأخرى إجرائية . وفيما يلى نعرض لكل من هذين النوعين من النتائج .

٧٤ - (أ) النتائج الموضوعية :

وأهم هذه النتائج ما يتعلق بمدى التعويض ، وبالتضامن ، وبالتقادم . وتفصيل ذلك فيما يلى :

٧٥ - (١) الأحكام المتعلقة بمدى التعويض عن الضرر :

يترتب على الأخذ بالنظرية العقدية فى المسئولية الطبية ، تطبيق أحكام تلك المسئولية فيما يتعلق بمدى التعويض عن الضرر .

والمعلوم ، أنه طبقاً لأحكام المسئولية العقدية ، تنحصر مسئولية الطبيب فى التعويض عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما الضرر غير متوقع الحصول . فلا يسأل عنه .

---

(١) الوسيط للسنهورى - مصادر الالتزام - المجلد الثانى العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون - ١٩٨١ - بند ٥١١ - ص١٠٤٩ .

وبطبيعة الحال ، فإن الحكم سوف يختلف فيما لو تم تطبيق النظرية التقصيرية ،حيث تتم مساءلة المدين فيها عن الضرر المباشر ، المتوقع ، وغير المتوقع الحصول .

والعلة فى ذلك ، هى أن الضرر غير المتوقع – فى المسئولية العقدية – على خلاف المسئولية التقصيرية = حيث الدائن أجنبى عن المدين – لم يدخله المتعاقدان فى حسابهما عند التعاقد – بسبب أنهما لم يتوقعاه .

ولعلنا نتبين أهمية هذا التباين فى الحكم بين المسئوليتين ، فيما لو إفترضنا أن مطربًا فنانًا ، راجع أحد الأطباء لعلاجه من داء فى حنجرته ، ولم يكن هذا الطبيب يعلم بمهنة هذا المريض ، وأن هذا الطبيب قد أخطأ فى علاجه ، خطأ أدى إلى فقدانه لصوته .

فإذا إعتبرت مسئولية الطبيب هنا تقصيرية ، لوجب تحميله بمسئولية كل الضرر الذى أصاب المريض ، بإعتباره فنانًا يرتزق من صوته ، بينما لو اعتبرت عقدية ، وقفت مسئوليته عند حد تعويض الضرر الذى ينشأ من فقدان أى شخص عادى لصوته (١) .

٧٦ - (٢) الأحكام المتعلقة بالتضامن بين المدينين :

وكذلك ، فإنه يترتب على الأخذ بالنظرية العقدية ، فى المسئولية الطبية ، تطبيق أحكام المسئولية العقدية ، على التضامن بين المدينين.

والمعلوم أنه طبقًا لأحكام المسئولية العقدية ، لا يقوم التضامن بين المدينين ، إلا بناء على إتفاق الطرفين ، بينما هو يقوم ، فى المسئولية التقصيرية ، بمقتضى القانون .

والعلة فى أن التضامن ، فى المسئولية التقصيرية ، يقوم بمقتضى القانون ، هى أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا إرتكب

---

(١) د. وديع فرج – السابق – ص٣٩٢ .

الخطأ إثنان ، كان خطأ كل منهما هو السبب فى حدوث الضرر، فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن [1] .

ويترتب على ذلك ، أنه لو تسبب أكثر من طبيب فى حدوث ضرر للمريض ، وأمكن معرفة مدى مساهمة كل منهم فى حدوث الضرر . فإذا قلنا بأن المسئولية عقدية ، كانت مسئولية كل منهم عن نصيبه مستقلة عن مسئولية الآخرين ، فى حين أن قواعد المسئولية التقصيرية ، تجعل كلاً منهم متضامناً مع الآخرين فى المسئولية عن التعويض ، بحيث يستطيع المريض المضرور ، أن يرجع على أيهم شاء بكامل التعويض [2] .

٧٧ - (٣) الأحكام المتعلقة بتقادم دعوى التعويض :

وأخيراً ، فإنه يترتب على الأخذ بالنظرية العقدية ، فى المسئولية الطبية ، تطبيق أحكام المسئولية العقدية ، على تقادم دعوى التعويض عن الضرر . وهو ما يعنى تطبيق مدة التقادم الطويل ، على هذه الدعوى .

والعلة فى تحديد مدة أطول للتقادم ، فى المسئولية العقدية ، من تلك المعمول بها فى المسئولية التقصيرية – كما يقول الدكتور السنهورى – أن المشرع قد رأى ، فى المسئولية التقصيرية ، والإلتزام مفروض على المدين ، دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم ، فى المسئولية العقدية ، وفيها إرتضى المدين الإلتزام عن طواعية وإختيار ، ولم يفرضه عليه القانون فرضاً [3] .

وعلى أى الأحوال ، فإذا كان القضاء الفرنسى قد أخذ بمبدأ وحدة

---

(١) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥١٢ – ص ١٠٥٠ ، ١٠٥١ .

(٢) د. وديع فرج – السابق – ص٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٣) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥١٢ – ص ١٠٥١.

التقادم الجنائى والمدنى [1] . وهو ما يعنى تطبيق تقادم الدعوى الجنائية أى التقادم القصير ، لمدة تناهز المائة عام ، إلا أنه قد عدل عن هذا الإتجاه ، بعد أن إتجه إلى النظرية العقدية - كما سبق البيان - بهدف إتاحة الفرصة أمام المجنى عليه للإستفادة من التقادم الطويل .

ففى حكمها الصادر فى ١٩٣٣/٣/٢٠ ، قضت محكمة «بيزانسون» الإستئنافية ، بأنه إذا كانت الصلات بين الأطباء والمرضى ، هى صلات تعاقدية ، فإن مبدأ وحدة التقادم الجزائى والمدنى ، لا يكون مداراً للتطبيق ، ويبقى للمجنى عليه حق الإستفادة من التقادم المدنى الطويل [2] .

كما قضت محكمة «إكس» فى سنة ١٩٣١ ، أن مسئولية الطبيب عن الضرر الذى يلحق بالمريض ، على إثر علاج بالأشعة لا يمكن أن يقوم على أساس المادة ١٣٨٤ مدنى فقرة أولى ، بإعتباره فعلاً ضاراً . وذلك لأن المريض قد قبل وطلب الإشتراك فى إستعمال هذه الأجهزة مع علمه بالأخطار المحتملة لإستعمالها . وإنما يقوم خطأ الطبيب على أساس الإخلال بإلتزام تعاقدى ، مصدره عقد إجارة الأشخاص المعقود بينه وبين المريض . وعلى ذلك فإن دعوى التعويض عن الضرر الناشئ بسبب هذه الجروح يستند أساسها القانونى إلى تعاقد ، لا إلى عمل يعتبر جنحة فقط . فلا تخضع من حيث التقادم إلى قانون

(١) ويلاحظ أنه القانون قد ربط إلى حد ما فيما يتعلق بالتقادم بين دعوى المسئولية التقصيرية، والدعوى العمومية الناشئتين من فعل واحد ، فجعل القانون الفرنسى دعوى المسئولية التقصيرية - وهى فى الأصل لا تتقادم إلا بثلاثين سنة - تسقط بسقوط الدعوى العمومية ، أى بمضى سنة أو ثلاث أو عشر سنوات حسب الأحوال . راجع د. سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ٣٦٢ - ص٤٦٩، ٤٧٠ .

(٢) محكمة إستئناف «بيزانسون» فى ١٩٣٣/٣/٢٠ . دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ - ٢٩٢ - عن بسام محتسب بالله - السابق - ص٩٩ .

تحقيق الجنايات ، فتسقط بمضى ثلاث سنوات ، بل بمضى ثلاثين سنة طبقاً لأحكام القانون المدنى(1) .

ثم عادت محكمة النقض ، فأكدت مرة أخرى على ذات المبدأ ، فقضت بأن مسئولية الأطباء عما يرتكبونه من خطأ فى علاج المرضى الذين إختاروهم هى مسئولية تعاقدية ، لا تخضع لقاعدة وحدة تقادم الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، الواردة فى المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنايات ، والتى تسقط بمقتضاها دعوى المسئولية التقصيرية ، متى كان الخطأ المدنى مكوناً لجريمة جنائية ، فى نفس الوقت (2) .

٧٨ - (ب) النتائج الإجرائية :

ومن أهم هذه النتائج ما يتعلق بالإختصاص ، وبرقابة محكمة النقض ، وذلك على التفصيل التالى :

٧٩ - (١) الأحكام المتعلقة بالإختصاص :

فطبقاً للقانون الفرنسى ، فإن الإختصاص فى الدعاوى الشخصية ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه . وعلى هذا الأساس ، فإن الإختصاص فى المسائل الطبية ينعقد لمحكمة موطن الطبيب المعالج .

على أن القانون الصادر فى عام ١٩٢٣ قد جعل الإختصاص فى المسئولية التقصيرية ، للمحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الضار ، سواء أكان العمل الجراحى قد تم فى منزل المريض ، أو فى عيادة الطبيب ، أو فى المستشفى . ولهذا يضطر الطبيب للدفاع عادة أمام

---

(1) محكمة استئناف« إكس» ، فى ١٦ يوليو سنة ١٩٣١ ، دالوز سنة ١٩٣٢ – ٢ – ٥٠ عن د.الجوهرى – السابق – ص٩٢ .

(2) سبق إيراد جزء من الحكم المذكور .

محكمة المريض فى أغلب الحالات ، إذا إعتبرت المسئولية الطبية تقصيرية ، وعلى النقيض من ذلك ، إذا إعتبرت تعاقدية [1] .

٨٠ - (٢) الأحكام المتعلقة برقابة المحكمة العليا :

فبالنسبة لرقابة المحكمة العليا ، فقد ذهب البعض إلى القول بأن المسئولية العقدية الناجمة عن الإخلال بإلتزام عقدى ، ليس لمحكمة النقض رقابة عليها حيث أن الأمر يتعلق بتفسير العقد ، أى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، وأن هذه مسألة موضوعية تختص بها محكمة الموضوع ، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، بينما الأمر فى المسئولية التقصيرية يتعلق بإلتزام قانونى عام مؤداه عدم جواز الإضرار بالغير ، وهى مسألة قانونية يتمحور البحث فيها حول مطابقة هذا الإلتزام القانونى ، أو عدم مطابقته ، للفعل المنسوب للمسئول عن إحداث الضرر . وهو ما يعطى لمحكمة النقض الحق فى بسط رقابتها على محكمة الموضوع ، من حيث تطبيق القانون وتأويله، فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية ، بإعتبار أنها محكمة قانون [2] .

غير أن تطبيق هذه القاعدة على المسئولية الطبية ، يمكن أن يؤدى إلى بعض الخلط فى فهم طبيعة المسئولية ، فإذا ما قصرنا رقابة محكمة النقض على المسئولية التقصيرية دون العقدية . فالمعلوم أن مناط المسئولية المهنية ، هو الرجوع إلى القانون والعادات المهنية ، وليس إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين [3] .

---

(١) د. رؤوف عبيد – مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى – الطبعة العاشرة ١٩٧٤ – ص٢١٦ – عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٧ ، ٨ وهامش رقم (١) .

(٢) د. خميس خضر – تنوع المسئولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية والخيرة بينهم – مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٦ – ص٥٢ . عن المرجع السابق – ص١٠ ، وهامش رقم (١) .

(٣) د. محمود سعد – السابق – ص١٠ ، ١١ وهامش رقم (١) .

٨١- خامساً : الصعوبات والإنتقادات التى صادفت النظرية العقدية :

على إن النظرية العقدية لم تسلم بدورها من النقد . هذا فضلاً عما لاقته من صعوبات فى التطبيق العملى . وسوف نبدأ ببيان هذه الصعوبات على أن نتبعها ببيان الإنتقادات التى وجهت إلى هذه النظرية . وذلك على التفصيل التالى :

٨٢ - (أ) الصعوبات التى واجهت النظرية العقدية :

على الرغم من النجاح الذى حققته النظرية العقدية ، وما لاقته من تأييد القضاء والفقه فى فرنسا ، فإنها قد واجهت بعض الصعوبات النظرية والعملية . من هذه الصعوبات : صعوبة تكييف عقد العلاج الطبى ، وصعوبة تطبيق النظرية على العلاقات المجانية .

ونعرض لكل من هاتين الصعوبتين ، بشئ من التفصيل ، فيما يلى :

٨٣ - (١) صعوبة تكييف عقد العلاج الطبى :

من المسائل التى أوجدت إنقساماً كبيراً فى الرأى ، فى فرنسا ، فيما يتعلق بالنظرية العقدية ، مسألة تكييف عقد العلاج ، فمن قائل بضرورة الرجوع إلى قواعد الفضالة ، فيما يجب على المريض أن يؤديه للطبيب من المصاريف الضرورية والنافعة ، ويدخل فى ذلك الأجر (الأتعاب) ، إذ أن أجر الفضولى يدخل ضمن النفقات ، إذا كان ما قام به من عمل ، يدخل فى أعمال مهنته .

هذا فى حالة عدم إستدعاء الطبيب ، من قبل المريض ، أو من له شأن به .

وأما فى حالة التعاقد ، فذهب بعض الآراء إلى أنه عقد وكالة . غير أنه وجد أن هذا التكييف معيب ، إذ أن الطبيب لا ينوب عن المريض فى عمله ، ثم أنه لا يقوم بإجراء تصرفات قانونية بإسمه ، كما هو الشأن فى الوكالة .

لهذا ذهب رأى آخر إلى إعتباره عقد إيجار أشخاص [1] . لكن يعاب على هذا الرأى ، أن ما يتميز به عقد إيجار الأشخاص ، هو خضوع الأجير في عمله لمن إستأجره ، وهو ما يتنافى وعلاقة المريض بالطبيب [2] .

وإذ وجد أن الإعتراض السابق له مسحه من الوجاهة ، فقد ذهب بعضهم إلى إعتبار العقد من عقود المقاولة أو الإستصناع . ولكن يعاب على هذا الرأى ، أن إلتزام المقاول ، هو إلتزام بنتيجة ، بينما إلتزام الطبيب هو إلتزام بوسيلة [3] .

وعلى أى الأحوال ، فلقد إنتهت محكمة النقض الفرنسية - أخيراً - إلى أن « عقد العلاج الطبى هو عقد قائم بذاته ، لا يمت بصلة لعقد إيجار الأشخاص ، ولا لعقد المقاولة أو الإستصناع » [4] .

٨٤ - (٢) صعوبة تطبيق النظرية العقدية على العلاقات المجانية :

وأيضاً ، فمن المسائل التى إحتدم فيها الجدل ، مسألة صعوبة تطبيق النظرية على العلاقات المجانية ، فمن قائل إلى صعوبة تطبيقها على العلاقات المذكورة ، إلى قائل بتطبيقها عليها .

---

(١) راجع حكم محكمة «كازابلانكا» ، فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٨ ، النشرة السنوية للطب الشرعى ، سنة ١٩٢٨ ، ص١١٤ . مذكور فى رسالة چين مازن ، نقلاً عن د. وديع فرج - السابق - هامش رقم (٣) .

(٢) د. وديع فرج - السابق - ص٣٩٦ ، وراجع فى مناهضة القول بأنه عقد ايجار أشخاص بودرى لاكنتزى ، القانون المدنى ، جزء ٢ ، صحيفة ٥٤٤ ، وبيرو ، عناصر القضاء الطبى ، صحيفة ٢٠٠ ، وهاى المسئولية المدنية للأطباء ، رسالة من باريس ١٩٢٥ ، صحيفة ٨٢ . راجع حسين عامر - المرجع السابق - ص١٢٦ وهامش (٢) .

(٣) حسين عامر - السابق - ص١٢٦ .

(٤) محكمة النقض الفرنسية ، فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٧ - سيرى ١٩٣٩ - ١-٢١٧ جازيت دى تريبينو ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٣٧ . راجع حسين عامر - المرجع السابق ، وهامش رقم ٢٤١ .

والعلاقات المجانية ، هى العلاقات التى يتم فيها العلاج والرعاية الطبية ، دون أن يقدم المريض للطبيب مقابلاً عن ذلك ، وسواء ، أكان مبعث هذه العلاقة الود والصداقة ، أم غير ذلك .

وأياً ما كان من أمر هذا الجدل ، فقد ذهب الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى ، إلى نفى الصفة العقدية عن تلك الخدمات ، إستناداً إلى أن العقد إنما يقتضى من طرفيه الإلتزام به ، وأن الواعد بالخدمة المجانية، لم يقصد ترتيب إلتزام فى ذمته ، ويعلم الموعود له بها بنيته . وهذه الإلتزامات مبعثها اللياقة ، ولا تلقى على عاتق المدين سوى واجبات أدبية ، وبالتالى فلا يترتب عليها سوى مسئولية تقصيرية ، إذا ما وقع بمناسبتها خطأ من الواعد ، أو الموعود له [1] .

٨٥ - (٢) صعوبة الأخذ بالنظرية العقدية فى حالة إرتكاب خطأ يشكل مخالفة جنائية :

قلنا فيما سبق أن الخيرة بين المسئوليتين ، تعنى أن يكون للمضرور الخيرة فى اللجوء إلى إحدى الدعويين : دعوى المسئولية العقدية ، أو دعوى المسئولية التقصيرية ، وفقًا لما تقتضيه مصلحته فى ذلك ، بشرط أن تتوافر فى حقه شروط الدعوى التى يلجأ إليها .

وتثور الصعوبة ، فيما يتعلق بالخيرة بين المسئوليتين – بوجه خاص – عندما يشكل الإخلال بالإلتزام الطبى العقدى مخالفة جنائية. وفيما يلى ، نعرض للخلاف الفقهى حول هذه المسألة ، بشئ من التفصيل :

٨٦ - • إنتصار غالبية الفقه لمبدأ عدم جواز الخيرة فى حالة وجود مخالفة جنائية :

تتجه غالبية الفقه بنظرة مدنية محضة ، إلى أنه ليس من شأن

---

(١) د. وفاء حلمى – السابق – ص٢٦ .

المخالفة الجنائية محو العقد ، أى أن المسئولية المدنية تظل عقدية . فكون الإخلال بالإلتزام العقدى ينطوى على مخالفة جنائية ، ليس من شأنه أن يعدل من طبيعة المسئولية . إلا أن أنصار هذه النظرية - مع ذلك - يختلفون حول النتائج المترتبة على النظرية .

فبالنسبة للبعض ، أن القضاء الجنائى لا يمكن أن يعرف دعوى تعويض مؤسسة على العقد ، وبالتالى يستحيل على المضرور أن يتدخل مدنيًا من أجل الحصول على تعويض ، فدعوى التعويض يجب أن ترفع أمام القضاء المدنى .

وبالنسبة للبعض الآخر ، على العكس ، لا شئ يمنع المضرور من التوجه إلى المحكمة الجزائية ، ولكن الدعوى المدنية تظل محتفظة بطبيعتها العقدية . ويرفض هؤلاء الشراح رأى الفريق الأول الذى يعلن فيه أن عدم تنفيذ العقد عندما ينشأ من مخالفة جنائية ، فإنه يشكل مخالفة مزدوجة ، مخالفة جنائية وعدم تنفيذ للعقد . فيرون أن هذا التحليل غير دقيق ، إذ لا توجد غير واقعة واحدة وهى عدم تنفيذ العقد . وفى علاقة المتعاقدين لا يمكن تصور أن تؤدى هذه الواقعة إلى مسئولية غير عقدية ، فى ظل رفض مبدأ الخيرة أو الجمع بين المسئوليتين . وإذا كان الفعل موضوع عقاب جنائى ، فإن ذلك إنما يتم من أجل المصلحة الإجتماعية ، لمنع الإعتداء على النظام العام ، ويعتبر غريباً عن العلاقات المدنية .

ومن ناحية أخرى ، يرى عدد قليل من الشراح أن من شأن المخالفة الجنائية التى يرتكبها الطبيب أن تضفى الصفة التقصيرية على دعوى التعويض التى يرفعها المضرور ضد الطبيب . وهذا لا يتأتى إلا بمنح الخيرة لهذا المضرور ، حيث يستطيع الأخير أن يصرف النظر عن المخالفة الجنائية ، ويتمسك بالعقد الطبى ، وبذلك يتهرب من إرتباط الدعوى المدنية بالدعوى العامة . كما يمكنه أن

يختار الطريق الجنائى بالإستغناء عن العقد . وبالتالى تكون دعوى التعويض تقصيرية(1).

٨٧ -• إنحياز القضاء الفرنسى للطبيعة التقصيرية فى حالة المخالفة الجنائية :

يفضل القضاء الفرنسى بوجه عام ، الطبيعة التقصيرية للحق فى التعويض فى حالة المخالفة الجنائية وهذا موقف قديم ، وإن عادت إلى تأكيده بقوة الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ، إذ قالت : « لو أن المسئولية الطبية من حيث المبدأ مسئولية عقدية ، فإن الأمر خلاف ذلك ، متى شكل ما نسب إلى الطبيب من تقصير جنحة ... ، إذ أن سبب المسئولية ينشأ من إرتكاب جنحة » (2) .

٨٨ - النقد الموجه إلى موقف القضاء الفرنسى من طبيعة المسئولية الطبية فى حالة إرتكاب خطأ يشكل مخالفة جنائية :

لم يسلم موقف القضاء الفرنسى من طبيعة المسئولية الطبية ، عند إرتكاب الطبيب لخطأ يشكل مخالفة جنائية من النقد . حيث يرى بعض الفقه أن من شأن إعتبار القضاء الفرنسى المسئولية الطبية ذات طبيعة عقدية ، ثم إعتبارها تقصيرية إذا كان القضاء المختص هو القضاء الجنائى ، أن يحدث تناقض فى النتائج التى يمكن أن يؤدى إليها هذا الإتجاه . وفى ذلك ، يقول الدكتور محسن البيه :

« ولا شك أن من الأمور التى يؤسف لها ، أن تتغير طبيعة المسئولية – عقدية أو تقصيرية – طبقاً للقضاء المختص : المدنى أو الجنائى . وإذا كان هدف القضاء من تأكيد الصفة العقدية للمسئولية الطبية ، منذ حكم سنة ١٩٣٦ ، هو توفير أفضل حماية للمضرور ، بإستبعاد التقادم الثلاثى القصير نسبيًا ، فإن تأكيده هذه المرة

---

(١) ، (٢) د. محسن البيه – السابق – بند ٥٠ ، ٥١ ص٧٩ – ٨١ .

للطبيعة التقصيرية لمسئولية الطبيب ، فى حالة المخالفة الجنائية ، إنما يهدف أيضاً إلى الإبقاء على المسئولية العقدية حتى يهرب المضرور من هذا التقادم الثلاثى . ولكن ، كان ثمن محاولة حماية المضرور على هذا النحو ، وجود التناقض بين ما يتبناه القضاء من حلول . ويظهر هذا التناقض جليًا عند محاولة تركيز المسئولية على عاتق الجراح ، باللجوء إلى المسئولية عن فعل الغير . فلو تمت مساءلة الجراح على أساس شخصى ، فإن الحكم بالتعويض سوف يتأسس مباشرة على المادتين ٣١٩ و٣٢٠ من قانون العقوبات ، دون إحالة إلى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى أو المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى ، أى دون إحالة إلى المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية . ويخيم الغموض على المسألة ، فى حالة مسئولية الجراح عن فعل عضو من الفريق ، إذ يصبح من الضرورى إختيار أساس الحكم بالتعويض على المسئول سببًا عن فعل الغير ، والذى لم يرتكب شخصياً مخالفة جنائية . حينئذ سوف يتم إختيار المادة ١٣٨٤/ ٥ مدنى فرنسى ، أى المسئولية التقصيرية ، وليس المسئولية العقدية عن فعل الغير » (١) .

ويقترح البعض ، للتغلب على هذا التناقض ، إلغاء الترابط بين تقادم الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فى مجال المسئولية الطبية ، إذ أن ذلك سوف يسمح بالاعتراف بالطبيعة العقدية للمسئولية الطبية فى جميع الأحوال ، وتوفير الحماية للمضرور (٢) .

٨٩ - (ب) الإنتقادات الموجهة إلى النظرية العقدية :

وكما أصابت سهام النقد النظرية التقصيرية فى تكييف طبيعة المسئولية الطبية ، كذلك فقد إستطالت سهام أخرى من النقد إلى النظرية العقدية .

---

(١) ، (٢) المرجع السابق – ص٨١ ، ٨٢ .

وفيما يلي ، نتناول أهم هذه الإنتقادات ، على النحو التالى :

٩٠ - (١) جهالة المريض بحقيقة الإلتزامات الطبية :

ففى معارضتهم للنظرية العقدية فى تكييف طبيعة المسئولية الطبية ، يستند خصومها إلى أن إلتزامات الطبيب لا تنشأ من إتفاق يعقد بين المريض والطبيب ، مادامت هذه الإلتزامات مجهولة من أحد طرفى ذلك الإتفاق ، وهو المريض ، والذى يجهل ما يجب أن يقوم به الطبيب نحوه من وسائل العلاج والرعاية الطبية . ومتى كان الأمر كذلك ، فإنه لا يمكن إفتراض أن هذه الإلتزامات قد أدرجت فى الإتفاق بين المريض والطبيب ، لا صراحة ، ولا ضمناً (١) .

٩١ - (٢) أن الإلتزامات الطبية منشؤها قواعد النظام العام وليس العقد :

كما يضيف خصوم هذه النظرية إلى ذلك قولهم بأن الإلتزامات المفروضة على الطبيب ، ليست خاضعة لإرادة الطرفين : الطبيب والمريض ، فلا سبيل إليهما لإنشائها أو لتقييدها ، حيث أنها من النظام العام ، تفرضها قواعد المهنة وحدها ، فهى أقرب إلى الإلتزامات القانونية ، منها إلى الإلتزامات العقدية . لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسئولية تقصيرية .

فحتى لو إتفق المريض مع الطبيب على العلاج ، وعلى أجر العلاج، كان هذا الإتفاق عقداً منشئاً لإلتزام عقدى فى جانب المريض وحده بدفع الأجر ، ولا أثر له فيما يجب على الطبيب القيام به نحو المريض(٢) .

---

(١) ، (٢) د. وديع فرج – السابق – ص٣٩٢ ، ويشير فى هامش (١) إلى مراجعة تعليق بيلون على حكم النقض الفرنسى الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ ، دالوز الدورى ١٩٣٦ – ١ – ٨٨ ، فى خصوص أن الاتفاق بين المريض والطبيب ، لا ينشئ سوى التزام فى جانب المريض وحده بدفع الأجر .

وإيضاحًا لذات الفكرة . وفى خصوص تكييف طبيعة مسئولية الطبيب الجراح، يقول الأستاذ / بسام محتسب بالله فى رسالته (١) :

« إن تحليل الصلات التى تربط الجراح بمريضه ، توحى إلينا بأن المسئولية الطبية ناجمة عن إخلال الطبيب بإلتزامه القانونى ، أو المهنى ، أكثر من تأتيها عن تقصير فى إلتزام تعاقدى . وإننا نقول أنه لا يمكن الرجوع إلى نظرية المسئولية التعاقدية إلا إذا كانت المحاكم ترجع إلى تمحيص إرادة المتخاصمين لتستبين خطأ الطبيب ، إلا أن المحاكم لا تفعل ذلك ، فهى لا تتحرى ما تكون عليه تلك الإرادات ، ولا تعمل على تفسير العقد الجارى بين الطبيب ومريضه ، وإنما يقتصر عملها على تمحيص ما إذا كان الطبيب قد اضطلع بالإلتزامات التى تفرضها عليه قواعد الطب . ولهذا نسرف كثيراً إذا قلنا أن ثمة مسئولية تعاقدية ، عندما نكون حيال إخلال بإلتزام ظل بعيداً عن إرادة المتخاصمين ، ولم يفرضه العقد ، وإنما فرضه القانون، أو العرف، أو الإجتهاد » (٢) .

٩٢ - (٣) محدودية النتائج التى تؤدى إليها النظرية العقدية:

كما أخذ على النظرية العقدية ، أنها تؤدى إلى نتائج محدودة للغاية . فقد قيل أن نتائج هذه النظرية تنحصر فى أمرين ، هما : منح المريض حق الإستفادة من التقادم الطويل ، ونقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب .

وفيما يلى ، نتناول ذلك ، بشئ من التفصيل :

٩٣ - • منح المريض حق الإستفادة من التقادم الطويل :

وفى معرض رده على مسألة منح المريض حق الإستفادة من

---

(١) الرسالة مقدمة من الكاتب لنقابة المحامين بدمشق لنيل لقب أستاذ فى المحاماة .

(٢) راجع ص١٠٠ من الرسالة المذكورة .

التقادم الطويل ، يقول أحد الشراح ، بأنه إذا كان التقادم الجزائى لا يسرى على الدعاوى المدنية التى تنبع من العقد ، فهذا المبدأ لا يجرى على إطلاقه ، وإنما يقتصر على الحالة التى يمكن فيها فصل الخطأ المدنى ، عن الخطأ الجنائى .

وفى تفسيره لذلك ، يقول ، أنه فى العقد الطبى لا يلتزم الطبيب بسلامة المريض ، ولذا وجب ترتيب خطأ على عاتقه. ثم يردف قائلاً بأن كل خطأ يرتكبه الطبيب ، تكون من نتيجته وفاة المريض ، أو إحداث إصابة فى جسده ، من شأنه أن يرتب مسئوليته الجنائية ، إما عن جريمة القتل ، أو الجرح خطأ . ولهذا ، نحن نلاحظ أن المريض يعتمد فى إدعائه على واقعة جنائية صريحة (١) .

ويضيف الأستاذ « روديير » إلى ذلك قوله بأن التقادم الطويل قد ينطوى على سوء نية المجنى عليه ، ويساعد على فقدان الكثير من وسائل الإثبات ، والتدليل على توافر السببية بين الخطأ المدعى به ، والنتيجة التى ترتبت عليه (٢) .

وعلى أى الأحوال ، فمسألة التقادم – كما يقول أنصار إزدواج المسئولية – مردها ، لا إلى طبيعة المسئولية ، بل لأن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتئيها مشرع أخر (٣) .

٩٤ - • نقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب :

أما فيما يتعلق بمسألة نقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب ، فقد قيل أن النظرية العقدية ، لا تفضى إلى هذه النتيجة . وتعليل ذلك ، أن المجنى عليه ، لا يقيم دعواه بالتعويض ، إلا على أساس ما إرتكبه

---

(١) ، (٢) بسام محتسب بالله – السابق – ١٠٢ – ١٠٤ .

(٣) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥١١ – ص١٠٤٩ ، د. سليمان مرقس – السابق – بند ٣٦٢ – ص٤٧٠ .

مدينه من تقصير . ولهذا فإنه يتحتم عليه إثبات خطأ هذا المدين . أما الدائن فى إلتزام تعاقدى ، فلا يكلف إلا بإثبات عدم تنفيذ مدينه للإتفاق كلاً ، أو جزءاً . ويقع على عاتق المدين إثبات أن الضرر المدعى به ، مرده إلى السبب الأجنبى (١) .

والواقع ، أننا لو رجعنا إلى القواعد العامة فى الإثبات ، لتبينا أنه ليس هناك فرق بين المسئوليتين – كما يقول أنصار وحدة المسئولية – فيمن يحمل عبء الإثبات ، ففى كليتهما يحمله الدائن ، يثبت فى المسئولية العقدية العقد ، وهو مصدر الإلتزام السابق ، الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما فى المسئولية التقصيرية، فلا حاجة به إلى إثبات الإلتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير ، وهو الإلتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه إلتزام مقرر على الكافة ، فرضه القانون .

فإذا اثبت الإلتزام السابق ، فى كلتا المسئوليتين ، على هذا الوجه، بقى إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات ، أو يحمله المدين ، لا تبعًا لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الإلتزام السابق ، هو إلتزام بعمل ، أو إلتزام بالإمتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى إلتزم بالقيام به، والدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أتى العمل الذى إلتزم بالإمتناع عنه .

ففى المسئولية العقدية ، إذا كان الإلتزام العقدى عملاً ، فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات ، لا لأن المسئولية عقدية ، بل لأن الإلتزام الذى أخل به ، هو إلتزام بعمل . أما إذا كان مضمون الإلتزام ، هو الإمتناع عن عمل ، فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أخل به . وكذلك الحال فى المسئولية التقصيرية . ولكن لما

(١) بسام محتسب بالله – السابق – ص١٠٢ .

كان الإلتزام القانونى السابق فى هذه المسئولية ، دائمًا ، هو الإمتناع عن عمل – عدم الإضرار بالغير – فالدائن إذن هو الذى يثبت ، فى المسئولية التقصيرية ، أن المدين قد أخل بإلتزامه ، وأحدث الضرر بخطئه . ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الإلتزام الذى أخل به المدين ، هو إلتزام بالإمتناع عن عمل [1] .

٩٥ - الرد على الإنتقادات الموجهة للنظرية العقدية فى المسئولية الطبية :

فى معرض دفاعه عما أسماه بالنظرية الجديدة « النظرية العقدية» ، ووزنه للحجج التى قامت عليها النظرية القديمة « النظرية التقصيرية » ، يقول الدكتور وديع فرج :

« فأولاً من الخطأ القول بأن المريض يجهل ما يتفق عليه مع الطبيب ، إذ هو يعلم أن الطبيب بقبوله علاجه قد تعهد بأن يبذل عناية معينة فى ذلك ، عناية تتناسب مع مركزه فى مهنته . فيعالجه بذمة طبقاً لما يتوقعه المريض منه ، من قدرة علمية ، وكفاية فنية ، وخبرة فى مهنته ، أما كيفية الكشف والعلاج ، فهذا يتركه المريض لقواعد العلم والفن الطبى . إذن فالطبيب وقت العقد ، يعلم بما يلتزم به المريض ، والمريض يعلم بما يلتزم به الطبيب .

أما أن إلتزامات الطبيب تحتمها قواعد النظام العام ، فلا يجوز الإتفاق على أن يسىء الطبيب علاج المريض مثلاً ، فهذا لا يمنع من إعتبار تلك الإلتزامات عقدية ، لأن مجرد خضوع الطبيب لها بالإتفاق، يدخلها ضمن دائرة العقد » [2] .

---

(١) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥١١ ، ٥١٢ .

(٢) د. وديع فرج – السابق – ص٣٩٥ ، ٣٩٦ .

المبحث الثانى
طبيعة المسئولية الطبية فى مصر

٩٦ - المسئولية الطبية بين النظريتين التقصيرية والعقدية فى مصر:

بينما يتجه القضاء فى مصر نحو تأسيس المسئولية الطبية على النظرية التقصيرية ، يتجه الفقه الغالب فيها - تمشياً مع الإتجاه الحالى السائد فى فرنسا - نحو الأخذ بالنظرية العقدية .

على أن المتتبع لأحكام محكمة النقض فى مصر ، لسوف يجد أنها تبنت أيضاً النظرية العقدية ، فى الأحوال التى تقوم فيها بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نبحث موقف القضاء والفقه فى مصر من طبيعة هذه المسئولية فى مبحثين ، نخصص أحدهما للمسئولية التقصيرية ، والثانى للعقدية .

المطلب الأول

إتجاه القضاء المصرى نحو تأسيس المسئولية الطبية على النظرية التقصيرية

٩٧ - أولاً : القضاء المصرى يتبنى النظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية كأصل عام :

سبق لنا القول ، بأن القضاء فى مصر يتجه نحو الأخذ بالنظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية ، كأصل عام . وقد وضح هذا الإتجاه، وبات مستقراً منذ أن أصدرت محكمة النقض حكمها فى ٢٢ يونيو ١٩٣٦ ، فقد قضت المحكمة بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى ، من غير مراقبة عليه [١].

وغنى عن البيان ، أن محكمة النقض قد حذت فى هذا الشأن حذو محكمة النقض الفرنسية ، فى اعتبارها المسئولية الطبية مسئولية تقصيرية .

ومن بعد ، فقد رددت محكمة إستئناف القاهرة هذا المبدأ ، فى حكمها الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ ، فقد قالت فى حكمها أنه إختلف ، من الناحية القانونية فى مصدر مسئولية الطبيب عن خطئه

---

(١) نقض مدنى - ٢٢ يونيو ١٩٣٦ - عن محمد كمال عبد العزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - ١٩٨٠ - ص٥٣٦ .

فى عمله ، إذ يرى بعضهم ، أن هذه المسئولية ترجع إلى تعاقد بين المريض والطبيب . ويسأل الطبيب عن خطئه الجسيم دون اليسير ، لأن ما يتقاضاه الطبيب ليس أجراً لما يؤديه من خدمة لا تقدر بالمال ، فهو متبرع فى عمله ، والمتبرع لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم . وإن الراجح والمعمول به الآن هو أن مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية، بعيدة عن المسئولية التعاقدية . ولذلك كان الطبيب يسأل عن خطئه . على أنه لما كانت مهنة الطبيب ، ورائده فى عمله ، وما يصبو إلى تحقيقه ، هو خدمة المريض ، وتخفيف آلامه ، فإن مصلحة الإنسانية توجب أن يترك باب الإجتهاد مفتوحًا أمام الطبيب ، حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية وهو آمن مطمئن . ولا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً ، بصفة قاطعة لا إحتمالية ، أنه إرتكب عيبًا لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبى ، إلا عن رعونة وعدم تبصر (١) .

٩٨ - ثانياً : التطبيقات القضائية :

عرضت أمام القضاء المصرى ، بعد صدور حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ ، تطبيقات للمسئولية الطبية، والتى أخذت فيها المحكمة بالنظرية التقصيرية . وفيما يلى نعرض لبعض هذه التطبيقات .

٩٩ - (أ) حالة الطبيب الذى يعمل فى مستشفى عام :

والواضح من هذه الحالة ، أن المحكمة قد إعتدت بطبيعة العلاقة بين الطبيب ، كموظف عام ، وبين المستشفى الذى يعمل فيه ، كأحد وحدات المرفق الصحى العام ، والتى تتميز بكونها علاقة تنظيمية لائحية ، وليست علاقة من علاقات القانون الخاص ، أى علاقة

---

(١) المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم – السنة ٤٢ – رقم ٢٦٥ .

تعاقدية، ومن ثم رتبت على ذلك مساءلة الطبيب العامل فى المستشفى العام على أسس المسئولية التقصيرية ، وليس العقدية .

وفى ذلك ، تقول المحكمة :

« متى إنتفى وقوع خطأ شخصى من جانب الطاعن ، وكان لا يجوز مساءلته ... وكان أيضًا لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسئولية التقصيرية ، لأنه لا يمكن القول فى هذه الحالة بأن المريض قد إختار الطبيب لعلاجه ، حتى ينعقد عقد بينهما . كما لا يمكن القول بوجود عقد إشتراط لمصلحة المريض ، بين إدارة المستشفى العام ، وبين أطبائها ، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التى يتبعها ، هى علاقة تنظيمية ، وليست تعاقدية . وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية الطاعن فى دائرة المسئولية التعاقدية » (١) .

١٠٠ - (ب) حالة المطالبة بالتعويض ممن لا ينصرف إليهم أثر العقد أو من الورثة بصفتهم الشخصية :

مقتضى القواعد العامة فى نسبية أثر العقد . أن آثار العقد لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين ، والخلف العام ، أى الورثة . وهو ما تنص عليه المادة ١٤٥ من التقنين المدنى المصرى . أما فى غير هذا النطاق فلا يتصور أن تكون للعقد آثار بالنسبة إلى الغير ، اللهم إلا فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير .

ومؤدى هذا ، أنه إذا رفعت الدعوى من قبل أحد ورثة المريض ، بصفته الشخصية ، أو من قبل أحد أقاربه من غير ورثته ، أو من قبل الغير عمومًا . للمطالبة بتعويض الضرر الذى أصابهم ، من جراء إصابة المريض ، أو موته ، فإنه لا يمكن الإستناد فيها لأحكام المسئولية العقدية ، بل لأحكام المسئولية التقصيرية .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٧/٣ - طعن رقم ٤١٧ - س٢٠ - ١٠٩٤ .

هذا ، وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض تطبق قواعد المسئولية التقصيرية على الإلتزام بتعويض الضرر المرتد الذى يصيب أقارب المريض . وهذا أمر بديهى ، حيث لا توجد علاقة عقدية بين الأقارب وبين الطبيب (١) .

وينطلق مسلك القضاء المصرى فى هذا الشأن من إعتبارات عملية وإنسانية ، إذ أنه من الثابت أن أحكام المسئولية التقصيرية ، هى لصالح المضرور من عدة وجوه .

ففى المسئولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر الذى ينشأ عن الفعل الضار ، سواء كان ذلك الضرر متوقعاً أو غير متوقع ، أما فى المسئولية العقدية ، فإن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المتوقع الحصول عادة وقت العقد (م٢٢١/١ مدنى) .

كما أن التضامن فى المسئولية العقدية ، لا يفترض وجوده بين المدينين ، بل لابد من إتفاق عليه صراحة ، أما فى المسئولية التقصيرية، فالتضامن بين المسئولين عن الفعل الضار مقرر بنص القانون (م١٦٩ مدنى) .

وأخيراً يجيز القانون (م٢١٧ مدنى) الإتفاق على إعفاء المدين فى المسئولية العقدية من الخطأ اليسير ، أو على حصرها فى حدود مبلغ معين ، ولكنه لا يجيز ذلك بالنسبة إلى المسئولية التقصيرية بإعتبار أن قواعد هذه المسئولية ، متعلقة بالنظام العام .

أما من ناحية الإثبات ، فإن الفارق يكاد يكون معدوماً بين التكييفين ، لأن إلتزام الطبيب لا يعدو أن يكون بوسيلة أو ببذل جهد معين ، فيقع على المريض – سواء أكان بينه وبين الطبيب عقد أو

---

(١)د. محمد حسين منصور – السابق – ٢٠٠٦ – ص٢٠٥ ، ونقض ١٩٧١/١٢/٢١ – س٢٢ – ص١٠٦٢ .

لم يكن – أن يقيم الدليل على درجة العناية التى كان على الطبيب أن يبذلها ، وعلى الجهد أو الإحتياط المعين الداخل فى مدى إلتزامه ، والذى قصر فى بذله أو إتخاذه (١) .

(١) راجع د. محمد حسين منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٢٠٥ ، ٢٠٦ ، إشارته إلى د.سليمان مرقس – المسئولية المدنية فى البلاد العربية – ص٢٧٠ . وراجع هامش رقم (١) .

المطلب الثانى
النظرية العقدية فى المسئولية الطبية
لدى الفقه والقضاء فى مصر

١٠١ - أولاً : إنحياز الفقه الغالب فى مصر إلى النظرية العقدية فى المسئولية الطبية :

يميل الفقه الغالب فى مصر نحو تأسيس المسئولية الطبية على النظرية العقدية . فيرى الدكتور السنهورى أن مسئولية الأطباء تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية ، لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم (أى الأطباء) يرتبطون بعقود مع عملائهم ، فى تقديم خدماتهم الفنية (١) .

ويرى الدكتور سليمان مرقس ، أن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية ، لأنها تنشأ عن إخلال الطبيب بإلتزام العلاج الذى تعهد به بمجرد قبوله مباشرة العلاج ، وأنه لا يغير من طبيعة هذا المسئولية أن يكون المريض مطالباً بإثبات خطأ الطبيب (٢) .

وفى موضع أخر ، يفرق الدكتور مرقس ، بين حالتين من حالات مسئولية الطبيب ، حيث يرى أن مسئولية الطبيب تكون عقدية كلما تولى علاج المريض بناء على طلب المريض ، أو أى شخص ينوب عنه. أما إذا كان الطبيب قد تطوع للعلاج من تلقاء نفسه ، أو كان مكلفًا بالعلاج بحكم القوانين واللوائح ، فإن مسئوليته تكون تقصيرية. وكذلك إذا كان ضرر المريض ناشئًا عن رفض الطبيب علاجه ، أو قبوله بالمستشفى (٣) .

---

(١) الوسيط للسنهورى – المرجع السابق – بند ٥٤٨ – ص١١٤٤ .

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع السابق – بند ٣٦٨ – ص٤٧٩ .

(٣) د. سليمان مرقس – دروس الدكتوراه – بند ١٨٧ – ص٣٧٧ .

١٠٢ - ثانيًا : إلتزام القضاء فى مصر بالنظرية العقدية فى حالات محددة :

إذا كان القضاء فى مصر قد أخذ بالنظرية التقصيرية فى المسئولية الطبية ، كأصل عام ، إلا أن هذا لم يمنع محكمة النقض من الإعتداد بالنظرية العقدية ، فى حالات محددة .

وعلى ذلك ، فلقد إعتبرت محكمة النقض أن مسئولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض ، بناء على إختياره له ، وطلبه بنفسه ، أو عن طريق نائبه .

فقد قضت المحكمة بأن مسئولية الطبيب الذى إختاره المريض أو نائبه لعلاجه ، هى مسئولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه ، أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن إلتزام الطبيب ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، وإنما هو إلتزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق – فى غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة فى علم الطب (١) .

واتساقاً مع هذا الإتجاه ، فلقد طبقت محكمة النقض المبدأ السابق فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير فقضت بأن مفاد نص المادة ٢/١٥٤ من القانون المدنى أنه فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير ، وإن كان المشترط لمصلحته ليس طرفًا فى هذا العقد ، إلا أنه يحق له بموجبه مطالبة الملتزم فيه بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه ، وإذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه بمدوناته ، من أن الشركة المطعون ضدها الأولى تعاقدت مع الطبيب المطعون ضده الثانى لعلاج عمالها ، ومنهم الطاعن ، تكييفه الصحيح أنه إشتراط لمصلحة الطاعن ، وبقية زملائه

---

(١) نقض مدنى – الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ – س٢٠ – ١٠٧٥ .

العمال ، وكان ما ينسبه الطاعن من خطأ إلى ذلك الطبيب ، هو إخلال بإلتزام تعاقدى ، لا تسقط دعوى التعويض الناشئة عنه ، إلا بمضى خمس عشرة سنة ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ خالف هذا النظر ، وأقام قضاءه على المسئولية التقصيرية ، مما تسقط الدعوى فيه بالتقادم الثلاثى ، يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه (١) .

ويرى الدكتور حسين منصور أن محكمة النقض كانت – فى قضائها القديم – تحذو حذو محكمة النقض الفرنسية السابق ، من إعتبار المسئولية الطبية مسئولية تقصيرية .

فقد قضت بأن « تطبيق المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) إنما يعنى المسئولية الناتجة عن المسئول فى غير دائرة حقوقه أو واجباته ، أما المسئولية الناتجة عن العقود ، فتخضع للمادة ١١٩ وهى الواجب تطبيقها فى الدعوى المعروضة ، بشروطها المعروفة فقهيًا» . وإعتبرت المحكمة مسئولية الطبيب التى أثيرت فى الدعوى تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية (٢) . وهذا ما جرى عليه القضاء الموضوعى آنذاك (٣) .

ولكن – كما بينا من قبل – فإن محكمة النقض الفرنسية قد غيرت موقفها ، وإعتبرت المسئولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية ، من حيث المبدأ ، إلا فى بعض الحالات الإستثنائية ، حيث تعد ذات طبيعة تقصيرية (٤).

١٠٣ - ثالثاً : موقف القضاء المصرى من طبيعة المسئولية الطبية فى حالة إرتكاب الطبيب لخطأ يشكل مخالفة جنائية :

قلنا أن القضاء فى مصر قد إستقر على رفض نظرية الخيرة

---

(١) نقض مدنى – الطعن رقم ١٧١٥ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٥/١١/١٩٨٤ .

(٢) نقض ٢٢/٦/١٩٣٦ ، اشرنا إليه سلفاً .

(٣) إستئناف «مصر» فى ٢/١/١٩٣٦ .

(٤) د. محمد حسين منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٢٠٧ .

بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث المبدأ [1] ، فيقرر القضاء صراحة ، أنه متى قام عقد بين طرفين ، وكان الضرر الذى لحق أحدهما نتيجة إخلال الطرف الآخر بإلتزام ناشئ عن العقد ، وجب الأخذ بأحكام هذا العقد دون سواها ، بإعتبار « أن هذه الأحكام وحدها ، هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً ، أو عند الإخلال بتنفيذه » . ولا يجوز تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية ، « التى لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية سابقة ، لأن فى الأخذ بها « إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند تنفيذه ، مما يخل بالقوة الملزمة له ، «ويخالف ما أراده المشرع ، الذى يفصل بين نوعى المسئولية المدنية فى التقنين المدنى ، وإفراده لكل منهما موضعًا منفصلاً عن الآخر ، قد أفصح عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين ، يختلف عن نطاق الأخرى » .

وقلنا أيضًا ، أنه وعلى الرغم من إستقرار هذا المبدأ ، فلقد إستثنت محكمة النقض المصرية حالة ما إذا كان الإخلال بالإلتزام العقدى ، الذى إرتكبه أحد الطرفين ، وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر « يكون جريمة أو يعد غشًا أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية » [2] وأن هذا الإستثناء ، لم يلق قبولاً من البعض ، لما فيه من تناقض لأنه إما أن ينأى بالإلتزام القانونى عن دائرة العقد ، لتنفرد المسئولية العقدية وحدها به ، أياً كانت طبيعة الخطأ العقدى ، أو جسامته ، وإما أن يدخل هذا الإلتزام القانونى فى نطاق العقد ، فتدخل معه المسئولية التقصيرية ، جزاء للخطأ العقدى أياً كانت طبيعته أو جسامته « ولكن القول بدخوله فى العلاقات

---

(١) نقض مدنى ، فى ١٩٦٥/٢/٢٥ – س١٦ – رقم ٣٥ – ص٢٢٠ ، ١٩٦٨/٤/١٦ – س١٩ – رقم ١١٠ – ص٧٦٢ .

(٢) راجع الحكمين السابقين .

العقدية ، وقصره فى ذات الوقت على حالات دون أخرى ، فلا يستند إلى أية قاعدة قانونية ، ولا يتفق مع منطق ولا عدل » [1] .

ونضيف الآن ، ما ذهب إليه بعض الفقه ، من أنه على الرغم من وجاهة ودقة هذا النقد ، فإنه فى ظل موقف القضاء المصرى ، متى نسب إلى الطبيب الجراح أو المعالج ، جريمة جنائية ، أو غش ، أو خطأ جسيم ، كان للمضرور ولو كان متعاقداً مع الطبيب ، أن يطالبه بالتعويض ، بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية ، لثبوت الخيرة له فى هذه الحالة ، بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية .

ويستند هذا الإتجاه – والمؤيد لموقف القضاء المصرى – إلى إعتبارات عملية بحتة إذ يرى أنه على الرغم من المبدأ العام للمسئولية العقدية للأطباء ، فإنه يبقى جانب لمسئوليتهم التقصيرية . وأن هذا الجانب الإستثنائى تتزايد أهميته ، بسبب كثرة حوادث الطرق ، وهى فروض يصعب كثيراً وجود عقد طبى بشأنها ، بالنظر لظروف السرعة التى يتدخل فيها العمل الطبى . فضلاً عن الإتجاه الغالب لدى المضرور لمقاضاة الأطباء أمام القضاء الجنائى [2] .

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى – مشكلات المسئولية المدنية ، بند ٨ ، ص٥٤٧ .
مشار إليه فى د. محسن البيه – المرجع السابق – ص٨٣ – هامش رقم (٣) .

(٢) د. محسن البيه – السابق – ٨٣ ، ٨٤ .

الفصل الثانى

طبيعة ومضمون إلتزام الجراح

الفصل الثانى

طبيعة ومضمون إلتزام الجراح

١٠٤ - تمهيد وتقسيم :

يكاد يجمع القضاء والفقه ، على أن الأصل العام فى إلتزام الطبيب والجراح ، أنه إلتزام ببذل عناية ، فكل منهما ملتزم بأن يقدم لمريضه العناية واليقظة اللازمين فى سبيل شفائه ، وأنهما لا يلتزملن، بثمة إلتزام بتحقيق هذه النتيجة .

ومن جهة أخرى ، فإن الفقه والقضاء يتفقان على أن معيار التمييز بين كل من الإلتزام ببذل عناية ، والإلتزام بتحقيق نتيجة ، هو درجة إحتمال تحقق النتيجة التى يبتغيها الدائن ، وهو هنا المريض .

على أن إلتزام الجراح ، قد يكون إستثناء إلتزامًا بتحقيق نتيجة ، حيث يكون عليه ، لا أن يبذل للمريض مجرد عناية – بالنسبة للعمل الذى يؤديه – وإنما بألا يؤدى فعله إلى حدوث ضرر للمريض ، وإلا عد مسئولاً عما يصيب المريض من ذلك (١) .

كما أنه من المسلم به ، أن الطبيب والجراح ، يلتزم كل منهما ببذل عناية ، سواء أكان مصدر إلتزامهما هو القانون ، أو العقد (٢) .

ويرى البعض ، أن إلتزام الطبيب والجراح ، يكون إلتزاماً ببذل

---

(١) وسوف نرى ، أن هناك أعمالاً طبية كثيرة ، قد اثارت جدلاً واسعًا ، فيما يتعلق بطبيعة الإلتزام الناشئ عنها .

(٢) محمد هشام القاسم – المسئولية الطبية – ص٨٤ ، مشار إليه فى د. محسن البيه – بند ٧٠ – ص١١٨ ، وهامش رقم (٢) .

عناية ، أياً كان المعيار الذى يلجأ إليه ، لتحديد طبيعة الإلتزام ، من حيث غايته» . (١)

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن يكون تقسيم هذا الفصل ، جارياً على النحو التالى :

الفـرع الأول : إلتزام الجراح ببذل عناية .

الفرع الثانى : إلتزام الجراح بتحقيق نتيجة .

---

(١) احمد شرف الدين - مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحى العام - مجلة إدارة الفتوى والتشريع - س٢ ، ٢٤ - سنة ١٩٨٢ - بند ١٧ - ص٢١٩ ، مشار إليه فى د. محسن البيه - بند ٧٠ - ص١١٩ ، وهامش رقم (١) .

الفرع الأول
إلتزام الجراح ببذل عناية

١٠٥ - العلة فى إعتبار إلتزام الجراح ، كأصل عام، إلتزامًا ببذل عناية :

نتناول فيما يلى العلة فى إعتبار إلتزام الجراح إلتزاماً ببذل عناية، وذلك قبل أن نبدأ فى إستعراض مضمون هذا الإلتزام ، كما إستقر فى الفقه ، وأحكام القضاء .

١٠٦ - (١) إشتمال العمل الطبى والجراحى على عوامل وإعتبارات لا تخضع دائمًا لسلطان الطبيب والجراح :

من المقطوع به ، أنه لا يعد من الضرر الموجب لمسئولية الطبيب والجراح ، أن يخيب فى علاج مريضه ، سواء أكان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً ، لأن الطبيب لا يتعهد بإيصال المريض إلى الشفاء ، بل إن كل ما يلتزم به الطبيب ، هو أن يبذل فى سبيل مريضه العناية الواجبة من مثله ، للوصول إلى الشفاء ، لأن هذا الشفاء يتوقف على عوامل وإعتبارات كثيرة ، لا تخضع دائمًا لسلطان الطبيب ، كالوراثة ، وإستعداد المريض من الناحية الجسمانية ، ودرجة إستهدافه ، وحالة العلوم والفنون الطبية ، التى قد تقصر عن علاج المرض (١) .

وقد أخذت بذلك محكمة الإستئناف فى « مصر» ، حيث قررت أن الأصل أن الطبيب لا يلتزم بأن يضمن لمريضه السلامة والشفاء ،

---

(١) محكمة «ريوم» ، فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ - جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦٤٩ ، مشار إليه فى د. الجوهرى المسئولية الطبية فى قانون العقوبات - ص٣٤٨ ، ٣٤٩، وهامش رقم (١) ص٣٤٩ .

وإنما يلتـزم بأن يعنى به العناية الكافيـة ، وأن يصف له من وسـائل العلاج ما يرجى به شفاؤه [١] .

١٠٧ - (١) عدم تحسن المريض أو تدهور حالته الصحية أو موته لا يعنى دائماً إخلال الطبيب بواجب بذل العناية :

والعلة فى تكييف إلتزام الطبيب والجراح بأنه إلتزام ببذل عناية ، هى أن العمل الطبى يتضمن نسبة كبيرة من الإحتمال والحدس والتخمين ، فإقتصار محل إلتزام الطبيب على بذل العناية ، يقوم على فكرة الإحتمال التى تهيمن على نتيجة مهمته التى تتدخل فيها عوامل عديدة ، لا تخضع لسيطرته ، فالطبيب يعالج ، والله يشفى .

ويترتب على ذلك ، عدم إلتزام الطبيب بأية نتيجة مهما كانت ، فى علاج المريض [٢] ، فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور إلى ما هو أسوأ ، لأنه يلتزم بألا تسوء حالة المريض ، ولا بألا تتخلف لديه عاهة بالغة ما بلغت من الشدة وأخيراً ، فهو لا يلتزم بألا يموت المريض ، فحدوث كل هذه المصائب للمريض ، بل وأشد منها ، إن أمكن تصورها ، لا يعنى فى ذاته أن الطبيب قد أخل بإلتزاماته [٣] .

وإذا كان على الجراح أن يبذل لمريضه عناية مشروطة بأن تكون صادقة ، يقظة ، تتفق - فى غير الظروف الإستثنائية ، مع الأصول العلمية الثابتة ، كما قالت بذلك محكمة النقض الفرنسية ، فقد رأينا أن نتتبع هذه العناية أولاً فى الظروف العادية ، ثم من بعد فى ظل الظروف الإستثنائية ، على أن نخصص لكل مبحثاً مستقلاً .

---

(١) محكمة «مصر» الإبتدائية ، منعقدة بهيئة إستئنافية ، فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ - المحاماة - س١٩ ع٧ - ص٩٧٠ - رقم ٣٩٥ ، مشار إليه فى المرجع السابق - ص٣٤٩ ، وهامش رقم (٦) .

(٢) محكمة إستئناف «باريس» ، فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤- جازيت دى باليه ١٩٢٥ - ١- ١٦٦ ، مشار إليه فى د. وديع فرج- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والإقتصاد -العدد الأول- السنة الثانية عشرة -هامش رقم (١)- ص٤١٧ .

(٣) المرجع السابق - ص٤١٦ ، ٤١٧ .

المبحث الأول
العناية الواجبة على الجراح
فى ظل الظروف العادية

١٠٨ - المعطيات المعاصرة للعلم تفرض مفهومًا متغيرًا للعناية الواجبة على الجراح :

فى حكمها الصادر فى العشرين من مايو ١٩٣٦ ، حددت محكمة النقض الفرنسية طبيعة إلتزامات الطبيب تجاه مريضه ، فقررت بأن الطبيب فى عقد العلاج ، مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض ، إلا أنه يلتزم بأن يبذل للمريض عناية ، لا من أى نوع كان ، بل جهوداً صادقة، يقظة ، ومتفقة – فى غير الظروف الإستثنائية – مع الأصول العلمية الثابتة (١) .

وإستمراراً لمحاولات محكمة النقض الفرنسية لتحديد نطاق أكثر إنضباطاً للعناية الواجبة على الطبيب ، فقد قررت المحكمة – فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونيو ١٩٦٠ – بأن يكون إلتزام الطبيب «مطابقاً للمعطيات المعاصرة للعلم» .

والواضح من هذه الصيغة الجديدة ، أنها تتضمن مفهوماً متحركاً للعلم الذى يجب أن يلم به الطبيب (٢) . ومادام الأمر كذلك ، فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض ، لابد وأن تتخذ ، هى الأخرى مفهومًا متحركاً ، طبقاً لهذا التحديد ، والذى يعطى إتساعاً أكبر لمفهوم العناية ، تبعًا لإنتشار الأجهزة الطبية ، والوسائل

---

(١) نقض مدنى فرنسى ، فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ – دالوز الدورى ١٩٣٦ – ١ –٨٨.

(٢) د. محسن البيه – السابق – بند ٧١ – ص١٢٠ ، ١٢١ .

العلاجية الحديثة ، بل أن البعض قد تسرب إليه الشك ، نتيجة لذلك، فى طبيعة إلتزام الطبيب ، وهل سيبقى كما هو ، إلتزاماً ببذل عناية ، أم أن علينا أن نعيد النظر فى إلتزاماته ، فى ضوء ما أصبح يتمتع به الأطباء ، من وسائل دقيقة ، ومتطورة (١) .

على أن العناية الواجبة على الجراح ، يتعين أن تلتزم مقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى ، من جهة ، وأن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة ، من جهة أخرى . وهو ما يقتضينا أن نبحث كل من هذين الموضوعين ، فى مطلب مستقل .

---

(١) فيقول الدكتور محسن البيه إن التطورات الحديثة والسريعة والمتلاحقة ، فى مجال العلوم الطبية ، تدفعنا دفعًا إلى إعادة النظر فى هذا الأصل العام ، بعد أن زعزعت إعتقادنا فى مدى تناسبه مع المعطيات المعاصرة لفنون مهنة الطب ، وما أصبح يتعرض له المرضى من مخاطر جسيمة ، وما يتمتع به الأطباء من وسائل دقيقة ، ومتطورة (المرجع السابق – ص١١٨) .

المطلب الأول

إلتزام الجراح بتقديم عناية تتفق والضمير الإنسانى والمهنى

١٠٩ - تمهيد :

يتعين على الجراح ، إلتزامًا بمقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى، أولاً أن يعنى بفحص المريض فحصًا دقيقًا بغير تسرع أو إهمال ، وأن يقوم بإجراء الجراحة فى مكان مجهز بالتجهيزات الطبية الضرورية ، وأن يعنى بتحصيل الخبرة العملية التى تمكنه من أداء عمله بكفاءة وإقتدار . أيضاً ، أن يقوم بإجراء الجراحة وهو فى كامل لياقته ، ونشاطه ، وتركيزه الذهنى . هذا فضلاً عن متابعة علاج المريض كلما لزم الأمر وأخيراً ، تقديم النصائح والتعليمات اللازمة للمريض ، فى سبيل شفائه .

وفيما يلى، نتناول كل من هذه الموضوعات ، بشئ من التفصيل:

١١٠ - أولاً : فحص المريض فحصًا دقيقًا بغير تسرع أو إهمال :

يتعين على الجراح ، إلتزامًا بمقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى، أن يعنى بفحص المريض فحصاً دقيقاً ، وبالكيفية التى تمكنه من تشخيص الداء تشخيصًا سليماً ، فعليه أن يشرع فى فحصه فحصًا متأنيًا ، متلمسًا مواضع الألم ، متحسسًا مواطن الداء، ومستعملاً جميع الوسائل التى يضعها العلم تحت تصرفه ، ليكون رأيه بعيداً عن الغلط بقدر الإمكان ، كما أن عليه أن يبذل جهده فى محاولة تطبيق معلوماته ، وخبرته السابقة ، تطبيقاً سليماً [١] .

---

(١) د. الجوهرى – السابق – ص٣٩٤ ، ٣٩٥ ، د. محمد السعيد رشدى – عقد –

كما تتطلب منه هذه العناية ، أن يقوم بفحص دوسيه المريض ، والمدونة به حالته الصحية ، وظروفه المرضية ، فحصاً دقيقًا أيضاً ، قبل قيامه بإجراء العملية الجراحية ، وذلك حتى يتسنى له الوقوف على موضع العملية الصحيح ، من جسم المريض .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه يكون مسئولاً عن رعونته وإهماله ، حينما يجرى عملية جراحية فى الفخذ الأيمن بدلاً من الأيسر ، بينما لو رجع إلى الدوسيه الخاص بالمريض ، لوجد أن صورة الأشعة والبيانات المدونة بالكارت الخاص به تشير إلى موضع العملية الصحيح ، ومن ثم فقد كان بإستطاعته أن يتجنب الوقوع فى هذا الخطأ ، لو تذرع بالحيطة والعناية (١) .

كما تتطلب العناية من الجراح كذلك ، أن يقوم بفحص المريض المزمع أن يجرى له العملية الجراحية فحصاً دقيقاً قبل إجراء العملية مباشرة، وإلا كان مسئولاً عن إهماله فى ذلك ، إذا ترتب على عدم مراعاته ، إصابة المريض بضرر .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة «السين» من مسئولية الجراح عن التعويض عن الحروق التى حدثت لمريض ، نتيجة وجود بقايا التطهير بالكحول فى ثنية عميقة إلى حد غير عادي فى موضع إتصال الفخذ بالبطن . وفات على الطبيب أن

- العلاج الطبى - ١٩٨٦ - ص١٢٨ . ويقول «كورنبرويست» فى هذا الصدد « إذا كانت مرحلة التشخيص هى أول مرحل الإلتزامات التى يضعها عقد العلاج الطبى على عاتق الطبيب ، فعليه أن يؤديها بدقة وعناية ، وأن يحاول قدر جهده أن يتجنب مواطن الذلل . وهو إن فعل ذلك،فإنه يظل بمنأى عن المسئولية » . عن د. رشدى - السابق - ص١٢٩ .

(١) محكمة «السين »، فى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٩ - جازيت دى باليه ١٩٤٩ - ١ - ١٢٧ - عن محمد خطاب وشفيق رزيق - مجموعة أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى جريمتى القتل والإصابة الخطأ - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - ص١٧٩ .

يلاحظ هذا الشذوذ ، وترتب على هذا الإهمال إشتعال الكحول [1] .

١١١ - ثانيا : إلتزام الجراح بإجراء الجراحة فى مكان مجهز بالتجهيزات الطبية الضرورية :

وايضاً فتقتضى العناية الواجبة على الجراح ، إلتزاماً بمقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى ، أن يقوم بإجراء الجراحة فى مكان من الأماكن المجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية ، والتى تعينه على نجاح مهمته ، وعلى الأخص مجابهة ما يمكن أن ينشأ عن الجراحة من مضاعفات .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة النقض المصرية من نسبة الخطأ للجراح ، نظير قيامه بإجراء جراحة فى عيادته الخاصة ، دون أن تكون تلك العيادة مجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية لمجابهة مضاعفات الجراحة ، وقد جاء فى أسباب حكمها :

« أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد حصل واقعة الدعوى ، بما مجمله أن الطاعن (وهو طبيب) أجرى « جراحة قيصرية » لتوليد المجنى عليها داخل عيادته الخاصة ، بغير مساعدة طبيب تخدير ، أو أى طبيب أخر ، ودون أن تكون العيادة مجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية لمجابهة مضاعفات الجراحة . وأن الطاعن أصر على إجرائها بنفسه فى عيادته ، ولم يستجب لما أبداه مرافقو المجنى عليها – زوجها وشقيقه وطبيبان أخران – من إقتراح نقلها إلى أحد المستشفيات ، مقرراً لهم أن عيادته مجهزة تجهيزاً كافياً ، وبأنه سبق أن أجرى بها مثل هذه العملية ، فكان عاقبة ذلك أن أصيبت المجنى

---

(١) محكمة «السين» ، فى ٢٩ ابريل سنة ١٩١٢ – سيرى ١٩١٤ – ٢ – ١٥٥ . عند. الجوهرى – السابق – ص٤١٩ .

عليها بصدمة جراحية ، ممانشأ عادةنتيجة العملية التى أجريت لها ، ولم يتيسر إسعافها ، ففاضت روحها . وقد عوّل الحكم المطعون فيه - فى ثبوت خطأ الطاعن - على ما أورده من تقرير الطب الشرعى ، من أن تصدى الطاعن لإجراء عملية قيصرية فى عيادته دون ... ودون توافر الإمكانيات التى تستلزمها تلك العملية ، وأنه لو كان قد تم نقل المريضة إلى أحد المستشفيات ، وبوشرت الحالة داخل المستشفى ، وبإمكانيات المستشفى التى لا تتوافر فى العيادات الخاصة ، بما كان قد أمكن من التغلب على ما حدث للمريضة ، يعد خطأ مهنيًا من جانب الطاعن يسأل عنه وعن نتيجته السيئة ، التى إنتهت بوفاة المجنى عليها (١) .

١١٢ - ثالثا : إلتزام الجراح بتحصيل الخبرة العملية التى تمكنه من أداء عمله بكفاءة واقتدار :

كما تقتضى العناية الواجبة على الجراح منه كذلك ، أن يجد فى تحصيل الخبرة العملية التى تمكنه من أداء عمله بكفاءة وإقتدار ، ذلك أن الجراح عرضة لورود حالات متنوعة من الجراحات . ولذلك يلزم أن يكون مستعداً لمواجهتها بما تحصل لديه من هذه الخبرة ، فإن لم يكن على مستوى الخبرة المطلوب ، تسبب فى الإضرار بالمرضى ، وبالتالى إنعقدت مسئوليته .

وفى هذا السياق ، فقد عرضت على محكمة النقض المصرية دعوى نسب فيها إلى الجراح تصديه لإجراء عملية جراحية لمريض رغم قصور خبرته ، وعدم توافر الآلات الجراحية اللازمة للإستمرار فى التدخل الجراحى ، الذى كان قد شرع فيه . وقد جاء فى أسباب حكمها :

---

(١) نقض جنائى ، فى ٧ يونيو سنة ١٩٩٢ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٣ - ٨٨ - ص٥٩٥ .

« من حيث أنه يبين من الحكم الإبتدائى - الذى أخذ به الحكم المطعون فيه فى خصوص بيان واقعة الدعوى- أنه حصلها بما موجزه أن المجنى عليه (مورث المدعية بالحقوق المدنية) توجه صحبة شقيقه... إلى الطاعن بعيادته يوم ١٩٧٥/٦/٣ ، يشكو من حالة فتق إربى ، فإتفق معهما الطاعن على إجراء جراحة للمجنى عليه بعيادته . وبعد أن قام بإجراء الشق الجراحى وجد غنغرينا بالأمعاء ، فأغلق الجرح ، ونقل المجنى عليه إلى المستشفى الأميرى ، حيث أجريت له عملية جراحية ، إلا أن المجنى عليه توفى فى اليوم التالى . وقد عول الحكم المطعون فيه ، فى ثبوت خطأ الطاعن ، على ما أورده من تقرير الطبيب الشرعى ، من أن تصدى الطاعن لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق لدى المجنى عليه بالعلاج الجراحى فى عيادته الخاصة، مع عدم قدرته على مجابهة ما صحب الحالة من غنغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية اليمنى ، سواء لقصور خبرته ، أو عدم توافر الآلات الجراحية اللازمة للإستمرار فى التدخل الجراحى ، مع علمه مسبقاً قبل تداخله جراحياً ، بأن وجود الغنغرينا بالأمعاء والخصية أمر وارد، يعتبر خطأ مهنيًا من جانبه يسأل عنه ، وعن نتائجه السيئة التى إنتهت بوفاة المريض . لما كان ذلك ، وكانت محكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً ، وقد قررت أن الطاعن قد أخطأ بتصديه لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحياً ، فى عيادته الخاصة ، مع عدم قدرته على مجابهة ما صحب الحالة من غنغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية ، رغم علمه مسبقاً ، قبل تداخله جراحيًا بأن وجود الغنغرينا أمر متوقع ، الأمر الذى إنتهى إلى وفاة المريض ، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ ، يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائياً ومدنياً (١) .

---

(١) نقض جنائى ، فى ١١ يناير سنة ١٩٨٤ - مجموعة أحكام النقض - س٣٥ - رقم (٥) - ص٣٤ .

ونرى أنه كان من الضرورى على الجراح ، فى هذه الواقعة ، مع التوقع بوجود غنغرينا بالأمعاء والخصية ، أن يشير على ذوى المريض بنقله إلى المستشفى قبل أن يبدأ بالتدخل الجراحى ، كما نرى أن الجراح فى هذه الواقعة قد اخطأ خطأ آخر ، إذ لم يقم بإجراء الفحوص الطبية اللازمة للتعرف على نوع الداء ، ومكانه من جسم المريض.

١١٣ - رابعًا : إلتزام الجراح بإجراء الجراحة وهو فى كامل لياقته ، ونشاطه ، وتركيزه الذهنى :

وكذلك ، فإن على الجراح أن يقوم بإجراء الجراحة ، وهو فى كامل نشاطه أو تركيزه الذهنى ، فإذا كان مريضاً ، أو مجهداً ، ولا يستطيع أن يقوم بالجراحة بالأداء المطلوب من مثله ، بسبب هذه الأمور ، فإن عليه أن ينيب غيره فى ذلك ، حتى لا يتسبب فى إصابة المريض بالضرر . ومن باب أولى ، ألا يقوم بإجراء الجراحة بيد واحدة ، إذا كان مشلولاً ، أوكان مصاباً فى يده التى يباشر بها العملية الجراحية ، أو غير ذلك .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة «دويه» الفرنسية ، فى دعوى نسب فيها إلى الطبيب إجرائه لعملية كحت لسيدة بيده اليسرى ، بسبب عجز يده اليمنى ، لأنه كان من مشوهى الحرب وقالت المحكمة ، أنه فضلاً عما ثبت من التقارير الطبية، من أن الطبيب قد إرتكب خطأ مهنياً جسيماً ، فإنه قد أضاف إلى ذلك خطأ آخر خارجاً عن مهنة الطب ، بإجرائه عملية جراحية بيده اليسرى ، لعجز يده اليمنى ، بوصف كونه من مشوهى الحرب، وهو خطأ تستطيع المحكمة أن تتبينه ، وتقدر جسامته من تلقاء نفسها ، وترى أنه خطأ ظاهر بوضوح ، وجسيم [١] .

---

(١) محكمة «دويه» ، فى ١٩ مايو سنة ١٩٣١- جازيت دى باليه ١٩٣١ - ٢- ٧٧٣ ، ودالوز ١٩٢ ، ملخص الأحكام ٩ ، ويومبيرول ص١٨٧ - ١٩٠ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٣٦٢ .

١١٤ - خامسًا : إلتزام الجراح بمتابعة علاج المريض كلما لزم الأمر :

أيضاً ، يقع على عاتق الجراح إلتزام بمتابعة علاج المريض ، كلما لزم الأمر، وذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات . وعلى الجراح أن يتأكد بنفسه ، من أن إجراءات العناية والرعاية التى يلزم القيام بها عقب العملية ، قد تمت على خير وجه ، حتى لو تطلب الأمر عمل أشعة للمراقبة والإطمئنان ، وبصفة خاصة، إذا كانت العملية الجراحية على درجة هامة من الخطورة ، ويحتمل فشلها ، لمجرد أى إهمال (١) .

وعلى ذلك ، فقد إعتبر مسئولاً الجراح ، الذى عقب إجراء عملية جراحية لمريض فى عينه تركه يعود إلى منزله ، دون أية مساعدة أو إحتياطات ، مع علمه بأن المريض سيصعد إلى الطابق الثالث ، وأن الجرح لازال حساساً بالدرجة التى يمكن أن تنشأ عن ذلك مضاعفات خطيرة له (٢) .

على أنه ينبغى فى هذا الصدد ، أن نميز بين العناية الطبية المرتبطة بالعملية الجراحية ، وتلك العادية التى يلزم توافرها للمريض بصفة عامة ، بغض النظر عن كونه أجرى عملية .

فإذا كان الجراح ملتزمًا بالنوع الأول من العناية ، وبصفة خاصة تلك التى يجب بذلها للمريض حتى يفيق من المخدر ، ومن آثار العملية ، إلا أنه لا يلتزم بالنوع الثانى من العناية ، والذى يقع على عاتق المستشفى أو العيادة التى يوجد بها المريض القيام به، كنظافته ،

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٠٧ ، وهامش رقم (٣) Paris 18 juin 1962 D. 1963. 64 .

(٢) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٠٧ ، وهامش رقم (٤) Paris 15 fév. 1950 J.C.P. 1950. 2. 5566 .

وتعاطيه الدواء والمسكنات ، وتدفئته ، إلى غير ذلك من رعاية لاحقة[1]، وكل ما يصدر خارج تعليمات الجراح الذى أجرى العملية . وذلك كخطأ الممرضة فى إعطاء المريض حبوباً سامة ، وعدم إحكام أجهزة التجبير ، فهذه الأخطاء تقع مغبتها على عاتق العيادة ، ونفس الشئ بالنسبة لسوء ضبط أجهزة التدفئة [2] .

١١٥ - مدى جواز ترك الجراح للمريض فى رعاية شخص آخر :

قد يلجأ الجراح إلى الإعتماد على جهود شخص آخر ، يعهد إليه برعاية المريض الذى يحتاج إلى هذه الرعاية ، فهى تتحقق مسئوليته، إذا نتجت عن ذلك أضرار للمريض ؟ .

الواقع ، أن الجراح فى هذه الحالة ، يعد مسئولاً عما يصيب المريض من ضرر ، بسبب تقاعسه عن متابعة الحالة بنفسه ، خصوصاً إذا إتخذ أفعالاً من شأنها أن تباعد بينه ، وبين متابعة حالة المريض ، كأن يتركه يعود إلى منزله ، إرتكاناً منه على رعاية ذويه له، أو يرفض الذهاب لزيارته .

ومن التطبيقات القضائية المشهورة فى هذا الشأن ، قضية كانت ضحيتها إحدى الراقصات ، حيث أجرى لها جراح التجميل عملية تجميل للنهدين ، من أجل جعلهما أكثر تماسكاً . وفى سبيل ذلك أجرى لها العملية بطريقة معتادة ، بيد أنها كانت متعبة بصورة ظاهرة بعد العملية ، فإستدعى شقيقتها ، وطلب منها أن تنقلها إلى منزلها . وقد لاحظت الأخت إصفرار وجه أختها المريضة ، وهزالها ،

---

(١) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص١٠٧ ، ١٠٨ ، وهامش رقم (١) Marseille 16 Nov. 1953 D. 1954. 160 - Paris 15 déc. 1953 J.C.P. 19542. . 8158 - Lyon 29 Oct. 1951 D. 1952, 763

(٢) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص١٠٨ ، وهامش رقم (٢) Civ. 11 Juin . 1963 J.C.P. 1963. 11. 13371 - Seine 24 Nov. 1959 D. 1960. 75

وعينيها الغائرتين ، وعجزهاعن الكلام ، ولكن الطبيب طمأنها بالقول بأن ذلك مجرد حساسية من تأثير المخدر ، وتناول بعض الأدوية بعد الحقنة المخدرة ، فحملتها شقيقتها إلى منزلها بصعوبة . وبعد ساعات لاحظت الأخت أن حالتها أخذت تسوء ، فإتصلت بالجراح هاتفيًا ، فطلب منها الا تقلق . وإكتفى بأن كلفها بأن تأخذ حرارتها ، وتخبره بعد ست ساعات ، فإتصلت بطبيب آخر ، ولكن حين وصوله، كانت المريضة قد فارقت الحياة .

وقد أخذ على الجراح رعونته فى إعادة المريضة إلى بيتها ، وهى فى هذه الحال ، ثم رفضه الذهاب لزيارتها ، وإعتبر القضاء ذلك بمثابة الخطأ الجسيم . وإذا كانت المحكمة لم تؤاخذه على القتل الخطأ، فقد إكتفت بمعاقبته على إمتناعه عن إغاثة مريض فى حالة خطرة . والواقع أنه لو تحرك بسرعة ونقل المريضة إلى غرفة الإنعاش، لكان حظها فى الحياة كبيراً ، ومن واجب الجراح أن يتوقع الخطر المحتمل(١).

١١٦ - الأحوال التى ينتفى فيهاخطأ الجراح عند عدم متابعة علاج المريض :

لا جدال فى أن إلتزام الجراح بمتابعة حالة المريض ، بعد إجراء الجراحة ، ليس إلتزاماً مطلقاً ، فيستطيع الجراح ، فى أحوال كثيرة، أن ينفى الخطأ عن نفسه، متى قدم تبريراً مشروعًا لذلك . ومن قبيل ذلك ، أن يقيم الدليل على أن المريض الذى أجريت له الجراحة ، يهمل فى إتباع تعليماته ، أو يتعمد عدم إتباعها ، أو أنه إستعان بطبيب آخر

---

(١) إستئناف «باريس» فى ٢٧/٥/١٩٧٠ ، مشار إليه فى : عبد الوهاب جومد ، المسئولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، السنة الخامسة ، العدد الثانى، يونيو ١٩٨١ ، ص١٣٣ ، خاصة ص١٩٥ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ١١٦ - ص٢٠٧ ، وهامش رقم (١) .

دون علم الطبيب الجراح ، مما يؤذى كرامته ، أو أنه إمتنع عن دفع أجره فى مواعيده المحددة ، مما دفعه إلى تركه ، وإن كان يشترط لإعفاء الجراح ، فى هذه الحالات ، الا يكون تركه للمريض ، قد تم فى ظروف غير لائقة ، أى غير مناسبة ، وإلا تحمل الجراح ، ما ينشأ عن هذا الترك من اضرار (١) .

وفضلاً عن ذلك ، فإن الجراح يستطيع أن يتمسك بحالة الضرورة التى منعته من متابعة علاج المريض .

ومن تطبيقات هذه الحالة ، ما قضى به من أن الطبيب لا ينسب إليه إهمال ، رغم أنه لم يحتفظ بالطفل المريض بعد العملية الجراحية فى المستشفى ، رغم أنه كان بحاجة إلى ضمادات ، من أجل إكتمال شفائه، حيث لم يكن يوجد بتلك المستشفى سرير لهذا الطفل، فضلاً عن أن والدته كانت تستطيع أن تحضره إلى المستشفى، لمتابعة علاجه(٢).

كما أنه تخفيفًا عن كاهل الجراح ، بخصوص هذا الإلتزام، وبالرغم من أن إختيار المريض للجراح ، يقوم على إعتبار شخصى ، فإنه من المسموح به للجراح ، أن يحل طبيبًا أخر محله فى رعاية المريض، يختاره الجراح لهذا الغرض، وذلك متى أصبح من الصعب على الطبيب الجراح الإستمرار فى عمله ، بسبب مرضه المفاجئ (٣) .

١١٧ - سادسًا : إلتزام الجراح بتقديم النصائح والتعليمات اللازمة للمريض فى سبيل شفائه :

ويدخل فى العناية الواجبة على الجراح – والداخلة فى إطار مقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى، ما يلزم أن يسديه

---

(١) قرب د. وديع فرج – السابق – ص٤٣٠ . عن د. محسن البيه – السابق – ص٢٠٨، ٢٠٩ .

(٢) فى هذا المعنى Bordeaux, 28 Juil. 1902, et son pourvoi عن د. محسن البيه – السابق – بند ١١٨ – ص٢٠٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) فى هذا المعنى Trib. cor. Bouches - du -Rhône, 4 mai 1929. D.H. 1929, 391 عن د. محسن البيه – السابق – بند ١١٨ – ص٢٠٩ ، وهامش رقم (٣) .

للمريض من نصائح وتعليمات ، فيتعين عليه أن يحدد للمريض النظام الذى يجب عليه أن يتبعه فى مرضه ، من حيث الطعام والشراب ، وما إلى ذلك وما يجب عليه أن يتخذه من الإحتياطات(1) .

وإذا وجد الجراح ، أن حالة المريض لا تسمح بمعالجته فى المنزل، فيجب عليه أن ينصحه بالعلاج فى المستشفى (2) .

وأكدت محكمة «باريس» على أن الجراح « لا يمكنه أن يكتفى بتدخله فى العمليات الجراحية اللازمة ، وفى إعطاء التعليمات العلاجية المناسبة، بل يجب عليه أيضاً ، أن يزود المريض بالتعليمات والنصائح التى من شأنها أن تجنب ، أو تخفف النتائج المؤلمة ، والمألوف حدوثها ، وفقاً لردود أفعال جسده » (3) .

بقى أن نذكر ، أننا لم نقصد بالأمثلة التى أوردناها فى هذا المطلب، أن نتحدث إستقلالاً عن تقديم عناية تتفق والضمير الإنسانى والمهنى، دون النظر إلى ما يجب أن تكون عليه هذه العناية كذلك من إتفاق مع الأصول العلمية الثابتة ، بل فقط أن نركز على ما ينطوى منها على الجانب الإنسانى ، ووازع الأمانة الطبية ، بحسبان أن هذه العناية هى الأساس العام ، الذى يقوم عليه العمل الطبى والجراحى، فى كافة مناحيه .

---

(1) سافاتييه – جزء ٢ – ن ٧٨١ ، وإستئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ – مجلة التشريع والقضاء – س٤٧ – ص١٥٤ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٠٣ ، وهامش رقم (٤) .

(2) سافاتييه – جزء ٢ – ن ٧٨١ ، ورروديه ص١١٧ – ١١٩ ، و«نانسى» فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ – جازيت دى باليه ١٩٢٨ – ٠١ ٤١٠ ، و«مصر» فى ٢ مايو ١٩٢٧ – المجموعة الرسمية – س١٩٢٨ – رقم ١١ – ص٢٠ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٠٣ ، وهامش رقم (٥) .

(3) راجع Paris 18 juin 1962 D. 1963 Som p. 64 عن د. الشوا – الخطأ الطبى أمام القضاء الجنائى – ١٩٩٣ – ص٩٧ ، وهامش رقم (٢) .

المطلب الثانى

إلتزام الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة

١١٨ - المقصود بالأصول العلمية (الطبية) الثابتة :

مما لا شك فيه أن الطب - شأنه فى ذلك شأن العلوم والفنون الأخرى - يشتمل أصولاً تعتبر ثابتة ومسلمة ، على الأقل فى فترة ما من حياة العلم والفن ، هذه الأصول يعرفها أهل العلم ، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ، ممن ينتسب إلى علمهم وفنهم(١).

ولا شك فى أن الأصول العلمية الثابتة تتطلب من الجراح ، فى سبيل أداء عمله ، قدح زناد الفكر ، من جهة ، وهو ما يندرج تحت ما يمكن أن نسميه « بالمرحلة الذهنية » ، وبذل أقصى الجهد من جهة العناية بالمريض . وهو ما يندرج تحت ما يمكن أن نسميه « بالمرحلة التنفيذية » .

وفيما يلى ، نتابع عناصر العناية الواجبة على الجراح ، فى كل من المرحلتين الذهنية والتنفيذية ، بشئ من التفصيل :

١١٩ - أولاً : المرحلة الذهنية :

تتطلب هذه المرحلة من الجراح ، أن يقوم بالعديد من الأعمال الذهنية ، التى تعينه على تقديم العناية المرجوه ، منظوراً إليها فى ضوء الإلتزام بالقواعد العلمية المستقرة .

وفيما يلى ، نتناول بعضًا من أعمال العناية المتعلقة بهذه المرحلة:

---

(١) د. وديع فرج - السابق - ص٤١٨ ، ٤٢٠ .

١٢٠ - (أ) المثابرة على التزود بالمعلومات ومتابعة كل جديد فى مجال العلوم الطبية :

تستلزم العناية الواجبة على الجراح ، أن يوجه إهتماماً كافياً نحو متابعة كل جديد فى مجال العلوم والفنون الطبية ، مستهدفاً من ذلك تقديم عناية للمريض ، فضلاً عن كونها مقتفية أثر الأصول العلمية المستقرة ، أن تسير فى ركاب التطورات الحادثة ، على صعيد الفنون المختلفة ، فى الفحص والتشخيص ، والجراحة ، وما إليها

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه لما كان عقد الطبيب ينطوى على إلتزام بوسيلة « ببذل عناية » ، وليس بنتيجة ، فإنه يجب أن يؤدى للمريض عناية خاصة ، بحسب ضميره المهنى ، ومن ثم فإن عليه ألا يعتمد فى عمله على ما جرى عليه العمل بين الأطباء ، وفقاً لعادة شائعة ، أو فكرة فنية معينة ، بل يجب أن يكون ملمًا بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة ، والتطورات الحديثة فى العلاج ، حتى يبتعد عن نطاق المسئولية (١) .

وعلى العكس من ذلك ، فقد قضى بإدانة طبيب قام بتخدير المريض ، تمهيداً لإجراء عملية القيلة المائية بجرامين من «كلوريدريك الكوكايين» فى محلول ٤٠ جرامًا ، أى بنسبة ٥ ٪ . وكانت النتيجة وفاة المريض ، فإستأنف الطبيب الحكم ، وإستند الدفاع عنه إلى كتاب فى الجراحة للأستاذ « تييو » ، والذى تمت طباعته سنة ١٨٨٩ ، ينص فيه على تلك النسبة . وكان هذا هو الكتاب الذى درسه الطبيب فى كلية الطب على الأستاذ المذكور ، فى سنة ١٨٨٦ . وقد تبين أن المؤلف إتضح له بعد ذلك خطر هذه الجرعة ، فخفضها فى الطبعة التالية من كتابه . ولكن الطبيب لم يكن قد إطلع على هذه الطبعة الجديدة ،

---

(١) محكمة استئناف «مونبلييه» فى ١٤ ديسمبر ١٩٥٤ - دالوز ١٩٥ - ص٧٤٥ - عن محمد خطاب وشفيق رزيق - ص٧٩ .

حيث كان مقيماً فى بلد بعيد . وقرر الخبراء الذين إنتدبتهم المحكمة أن المريض كان مصاباً بحالة تصلب فى الشرايين ، ساعدت على حصول الوفاة من الجرعة الزائدة التى أعطيت له ، فقضت المحكمة ببراءة الطبيب ، إستناداً إلى أنه قد إعتمد على مرجع علمى معترف به، أو كان معترفاً به على كل حال ، وأن سبب الوفاة قد يكون راجعاً إلى تصلب الشرايين التى يعانى منها المريض ، دون الجرعة الزائدة من الدواء (١) .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد أخذ على هذا الحكم ، أنه لم يعنى ببحث المشكلة بحثًا دقيقاً ، حيث رؤى أنه ، ولو أن حسن نية الطبيب كان واضحاً ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يكون على إتصال بتطور المعارف الطبية (٢) .

١٢١ - (ب) إختيار أسلوب العلاج والجراحة المناسب لحالة المريض :

المبدأ المقرر ، أن للطبيب الحرية فى إختيار الطريقة التى يرى أنها مناسبة لعلاج المريض ، حيث لا يمكن نسبة خطأ ما إليه ، كلما إرتأى إتباع طريقة معينة من طرق العلاج دون سواها ، أو إذا رأى أن الطريقة التى إختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض ولمزاج المريض (٣) .

وما ينطبق على العلاج بالأدوية والوسائل الأخرى ، ينطبق كذلك على الجراحة . فإذا لم يكن للطبيب والجراح فى هذا المجال إستقلال حقيقى ، فإن ممارسة مهنة الشفاء تصبح مستحيلة .

---

(١) محكمة «ليون» ، فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ - سيرى ١٩٠٧ - ٢- ٢٣٣ ، ودالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ هامش (١) عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٠٢ ، ٤٠٤ .

(٢) د. الجوهرى - السابق - ص٤٠٤ .

(٣) فى هذا المعنى بوميرول ص٤٢ ، ومحكمة «السين» فى ١٨ يونيو سنة ١٨٦٦ - عن د.الجوهرى - السابق - ص٤٠١ وهامش رقم (٤) .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن الجراح لا يسأل عن إجراء العملية ، بطريقة دون أخرى ، طالما أن الطريقتين مسلم بهما علمياً (١) .

كما قضى برفض دعوى رفعها مريض على طبيب ، كان قد أجرى له عملية جراحية فى إحدى عينيه ، ترتب عليها فقدان إبصار هذه العين. وكانت المحكمة الإبتدائية قد قضت للمدعى بتعويض قدره ثلاثون جنيهاً . فإستأنف المريض والطبيب الحكم ، فقضت المحكمة الإستئنافية بإلغائه ورفض الدعوى . ولما تبين لها من أوراق علاج المدعى ، وتقرير الطب الشرعى ، من أن حالة العين كانت تستدعى عملية الكشط التى أجريت له ، ومن أن هذه العملية لها مضاعفات قد تحصل نتيجة الحالة المرضية ذاتها ، أو نتيجة حركة يأتيها المريض أثناء العملية ، ولم تذهب المحكمة إلى ما ذهبت إليه محكمة أول درجة من أن تخدير المدعى تخديراً عاماً كان يكفل الا تبدر منه تلك الحركة التى أدت إلى فشل العملية ، وضياع بصره .

وقالت المحكمة رداً على ذلك ، أن إختيار طريقة التخدير ، من المسائل الفنية البحتة التى يرجع الأمر فيها إلى الطبيب المعالج وتقديره ، بحسب ما يتفق مع حالة المريض ، ونوع العملية . وأنه لا ينبغى للقاضى أن يتعرض لهذا البحث والمفاضلة بين التخدير العام، والتخدير الموضعى ، مادامت عملية التخدير فى ذاتها ، وبالطريقة التى رآها الطبيب ، قد تمت طبقاً للأوضاع الفنية المقررة (٢) .

على أنه من الضرورى ، لنفى مسئولية الجراح ، فى هذه الحالة،

---

(١) محكمة «كان» ، فى ٥ يونيو سنة ١٨٤٤ ، مشار إليه فى مانش - ص١٢٤ ، ١٣٥ ، وبيزانسون ، فى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٤٤ - سيرى ١٨٤٥ - ٢ - ٦٠٢ ، عن د.الجوهرى - السابق - ص٤٢٠ ، وهامش رقم (٥) .

(٢) حكم محكمة «مصر» الإبتدائية الأهلية ، بهيئة إستئنافية ، فى ٧ فبراير سنة ١٩٣٩ - المحاماة س١٩ - ع٧ - ص٢٧٠ ، والحقوق س٥٤ - ص٧٨ ، ٩٤ ، ١٨٠ . عن د.الجوهرى - السابق - ص٤١٧ ، ٤١٨ ، وهامش رقم (٢) .

أن يكون الأسلوب الذى إستخدم فى علاج المريض قد جاوز حد التجربة العلمية ، ودرج فى الميدان العلمى .

وتطبيقًا لذلك ، فقد قضى بأن « للجراح أن يستأثر بإختيار وسيلة التخدير التى تبدو له أكثر مناسبة للحالة العلاجية ، إذا كان من الثابت أن هذه الوسيلة قد تجاوزت مرحلة الإختبار العملى » (١) .

بل أنه إذا كان العلاج المطبق بواسطة الطبيب محل خلاف أو إعتراض من جانب بعض الأطباء ، فلا أهمية لذلك . وفى هذا الإطار ، فقد قضت محكمة « دواى » « بعدم إمكانية مساءلة الجراح ، لإستعماله قبل إجراء عملية جراحية لوسيلة تخدير ، إختلفت بشأنها أراء الجراحين » (٢) .

١٢٢ - إلتزام الجراح بإجراء المواءمة بين خطر المرض وخطر الجراحة :

وفى إطار المرحلة الذهنية - وهى العمل الذهنى الذى يقوم به الجراح ، قبل البدء فى إجراء الجراحة - فإنه يتعين على الجراح أن يجرى - نوعاً من المواءمة بين خطر المرض ، وخطر الجراحة، فإذا كان المرض بحيث لا يهدد سلامة المريض ، فإنه لا يكون هناك محل لتعريض المريض لعلاج من شأنه أن يؤذيه ، أو يرديه (٣).

وترتيبًا على ذلك ، فقد قضى بأن تداخل الجراح ، الذى قبله المريض بمحض إختياره يدرأ عنه المسئولية ، مهما كانت النتائج ، إلا إذا أثبت أن هذا التداخل لم تكن تستلزمه حالة المريض ، أو لم يكن

---

(١) راجع د. الشوا - السابق - بند ٣٨ - ص٤٠ .

(٢) راجع Douai 16 mai 1936. D.H. 1936 p. 435 عن د. الشوا - السابق - ص٤٠ ، - وهامش رقم (٢) .

(٣) د. الجوهرى - السابق - ص٤٠٢ .

هناك تناسب بين أخطار الجراحة التى أشار بها الطبيب ، وأخطار المرض الذى إستلزم إجراءها (١) .

وفى قضية تتلخص وقائعها فى أن فتاة كانت مصابة بتضخم شحمى ، كان أكثر ظهوراً فى ساقها اليمنى ، فاستشارت أحد الأخصائيين فى الأمراض والعاهات الناشئة عن الغدد ، والذى أحالها بدوره إلى أحد الجراحين ، فقام هذا الأخير بفحصها ، ثم أدخلها المستشفى تحت إشرافه ، حيث أجرى لها عملية فى ساقها . ولكن الفتاة أصيبت بغنغرينا عفنة ، إنتهت ببتر الساق ، فرفعت الدعوى على الطبيب تطلب تعويضاً خمسمائة ألف فرنك ، وقضت لها المحكمة بتعويض مائتى ألف فرنك (٢) .

وكان من بين الأسباب التى إستندت إليها المحكمة فى حكمها أن الجراحة التى أجراها الجراح ، لم تكن مما تقتضيه حالة المريضة الصحية ، لأنها كانت فى تمام صحتها الجسدية ، ولم تكن ترمى إلا إلى مجرد تحسين شكل ساقها ، من أجل أن تكون أكثر إتساقاً مع مستلزمات الزى الحديث (٣) .

وقد رؤى تعليقاً على هذا الحكم ، أن السبب المشار إليه ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الملاءمة بين خطر العمل الجراحى ، وبين النتيجة التى يرمى إليها الطبيب من ورائه (٤) .

---

(١) محكمة «جرينوبل» ، فى ٥ يناير سنة ١٩٤٩ - جازيت دى باليه ١٩٤٩ - ٢١٦١ . عن خطاب ورزيق - السابق - ص١٩٩ .

(٢) محكمة «السين» ، فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ - جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٢٤ . عن د. الجوهرى السابق - ص٢٢٤ ، وهامش رقم (٤) .

(٣) بيرو ، فى مقاله فى المسئولية المدنية فى جراحة التجميل ، فى مجلة باريز الطبية - عدد ٢٥ - مايو سنة ١٩٢٩ - ص١ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٣٢٤ ، ٣٢٥ ، وهامش رقم (١) .

(٤) فينييه ص١٢٩ - ١٣٤ ، وأنظر أيضاً تعليق «بيير» فى سيرى ١٩٣١ - ٢ - ١٢٩ ، «وجان لو» فى دالوز ١٩٣١ -٢-١٤١ . عن د. الجوهرى - السابق - هامش رقم (٢) - ص٣٢٥ .

١٢٣ - مدى حرية الجراح فى إتباع وسائل قديمة تقديراً منه بفائدتها للمريض :

ويفترض ذلك ، أن يقدر الطبيب أن وسيلة ما من الوسائل العلاجية القديمة - فى حالة من الحالات المعروضة عليه - سوف تعود بالفائدة على المريض ، فيقوم بتطبيقها عليه .

وإذا تتبعنا أحكام القضاء الفرنسى ، لمعرفة الموقف الذى إنتهى إليه بخصوص هذه الحالات ، لوجدنا أنه لا ممانعة لديه فى تطبيق مثل هذه الوسائل العلاجية على المرضى ، متى كان فى تطبيقها ما يحقق فائدة المريض ، وبشرط حصوله على موافقته عليها .

وجدير بالملاحظة ، أن عدم إستعمال الطرق القديمة ، قد لا يكون مرده إلى الأضرار التى تنشأ عنها ، بل إلى تخوف المرضى من إستخدامها ، وهو ما يدعو إلى القول بعدم رفضها رفضاً مطلقاً .

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضى بأنه لا يوجد خطأ ، إذا أجرى الطبيب عملية لمريض مصاب بمرض فى عينه ، وقام بتخدير أحد الأعصاب ، ونتج عن ذلك شلل تام لأعصاب العين ، وذلك إذا كانت الطريقة المستعملة بقيت موجودة ولكن تركت ، لا خوفاً من خطورتها ، ولكن لعدم قبول المرضى لها ، وخوفهم منها (١) .

١٢٤ - (جـ) مراعاة حالة المريض الصحية والنفسية وإختيار الوقت المناسب للعلاج :

فى إطار إلتزام الجراح بتقديم عناية للمريض ، تتفق والأصول العلمية « الطبية » الثابتة ، والمتعلق بالمرحلة الذهنية ، فيدخل فى إلتزام الجراح أيضًا ، إلتزامه بمراعاة الحالة الصحية والنفسية

---

(١) نقض فرنسى ، فى ١٣ مايو ١٩٥٩ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٦٢ ، وهامش رقم (٢) .

وإختيار الوقت المناسب لإجراء الجراحة ، وذلك حتى لا يلحق المريض ضرر من جراحة تتم فى غير مراعاة ذلك .

وترتيبًا على ذلك ، فإذا كانت الحالة النفسية للمريض لا تسمح بأن يقوم الجراح بإجراء الجراحة ، فإن عليه أن يتريث ، وأن يرجئ ذلك إلى وقت لاحق، ريثما تهدأ نفس المريض ، وتستقر حالته النفسية .

ومن القضايا التى عرضت فى هذا الشأن ، قضية طبيب عالج سيدة من مرض فى حلقها بعملية جراحية . وفى أثناء العملية قام بقطع الشريان السباتى ، فأصيبت السيدة بنزيف إنتهى بوفاتها .

وقد أخذت المحكمة على الطبيب أنه لجأ إلى عملية جراحية خطيرة لا لزوم لها ، فى منطقة تؤدى أقل حركة خاطئة فيها إلى موت المصابة، وأنها كانت مصابة بتهيج عصبى شديد ، مما كان يقتضى تأجيل العملية. وقد جازف بإجرائها رغم كل ذلك ، ولغير ما ضرورة عاجلة (١) .

١٢٥ - ثانيًا : المرحلة التنفيذية :

وفى هذه المرحلة ، يتعين على الجراح – بالإضافة إلى ما تقدم – أن يقدم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة ، خاصة وأن الجراح فيها، قد بدأ مرحلة التنفيذ . ومن البديهى أن هذه المرحلة أشد خطرًا على المريض من المرحلة الذهنية .

وفيما يلى ، نقدم نماذج تتجلى فيها المرحلة التنفيذية ، للعناية التى يلتزم بها الجراح نحو المريض ، فى الظروف العادية :

---

(١) محكمة «ليون» ، فى ٣ يناير سنة ١٩٣٠ ، عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٢١ ، وهامش رقم (٣) .

١٢٦ - (أ) فحص المريض والأجهزة والمعدات الطبية قبل إجراء الجراحة :

يدخل فى إلتزام الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة ، إلتزامه بفحص المريض قبل إجراء الجراحة ، وكذا إلتزامه بفحص الأجهزة والمعدات الطبية ، قبل إستخدامها فى الجراحة .

وفيما يلى ، نتناول كل من هذين الموضوعين ، بشئ من التفصيل .

١٢٧ - (١) إلتزام الجراح بفحص المريض قبل تخديره أو إجراء الجراحة :

قبل إقدامه على إجراء الجراحة للمريض ، فإنه يتعين على الجراح أن يقوم بفحص المريض فحصًا دقيقًا ، حتى يتعرف على مدى إستعداده لتقبل الجراحة ، ويتأكد من عدم وجود ثمة أمراض ، أو موانع صحية ، أو بيولوچية ، تحول بينه ، وبين إجراء الجراحة .

ولعل من أشهر هذه الفحوص قياس ضغط المريض ، ومعرفة مستوى السكر فى الدم ، وإختبارات الحساسية ، وإختبارات وظائف الكلى والكبد . كما أن على الجراح بصفة خاصة ، قبل تخدير المريض ، أن يعنى بفحص قلبه ، حتى يتعرف على حالته ، ومدى إحتماله لنوع وكمية المخدر المقررة. إذا كان هو القائم بعملية التخدير .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن الطبيب الذى يكلف بعملية جراحية لشخص ما برضاء أهله . وفى أثناء مباشرة العملية يخطر بباله أن يخدر المريض بالكلوروفورم تخديراً لأعصابه الهائجة ، فيترتب على هذا التخدير وفاة المريض فجأة ، يكون مسئولاً ، ولو إدعى أن الوفاة قد حدثت لأسباب ، ما كان يمكن أن يتنبأ بإحتمال وقوعها .

وقد أخذت المحكمة على الطبيب أنه أمر بتخدير المريض فجأة ، وهو تحت العملية . وكان يجب عليه أن يفحصه قبل ذلك ، خصوصًا

وأن عملية التخدير كان يجب أن يسبقها عادة تفريغ معدة المريض من كل طعام [1] .

وفى قضية أخرى ، أن سيدة ذهبت إلى طبيب ، وشكت إليه آلاماً فى بطنها ، فشخص الحالة على أنها ورم فى الرحم يحتاج إلى إستئصال سريع . ولكن عندما فتح الطبيب البطن ، ظهر له أن السيدة حامل بجنين أوشك أن يتم مدة حمله ، فأجرى لها العملية القيصرية ، وأخرج الجنين حياً ، ولكن السيدة أصيبت فى ليل ذات اليوم بنزيف دموى مصحوب بمضاعفات ، وتوفيت . وقرر الخبراء أن الحمل من الحالات الدقيقة التى كثيراً ما يحصل الخطأ فيها ، فى أول أدواره . وقد يتجه الظن عند ذلك إلى إعتباره ورماً عادياً . وقد يعذر الطبيب إذا إلتبس عليه الأمر حينئذ . أما إذا تقدم الحمل ، كما فى الحالة المعروضة ، فإنه لا مجال لأى لبس من هذا القبيل .

ورأت المحكمة ، أنه ولو أن الخطأ فى تشخيص المرض ، ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة ، لا يجعل وحده ، وبذاته ، الطبيب ، أو الجراح ، مسئولاً عن هذا الخطأ ، وذلك لصعوبة التشخيص ، وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بطريقة جازمة ، إلا أن ذلك لا يبيح للطبيب أن يشخص داء المريض برعونة وطيش ، بإغفاله التحرى عن المعلومات الضرورية التى تنير له السبيل ، كسؤال طبيب العائلة ، ثم إجراء فحص بالأشعة ، يعرف به قطعًا وجود الجنين ، متى أتم الخمسة أشهر الرحمية [2] .

---

(١) حكم محكمة « انجيه » ، فى ٢١ أغسطس سنة ١٩٢٦ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤١٥ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) محكمة «إيفرو» ، فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ – جازيت دى باليه ١٩٢٢–٢– ٦١٨ . وقد تأيد إستئنافيًا من محكمة إستئناف «روان» ، فى ٢١ أبريل سنة ١٩٢٤ – سيرى ١٩٢٤ – ٢ – ١٧ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٩٦ ، وهامش رقم (١) .

هذا ، ولا يستطيع الجراح أن يخلى مسئوليته عن عدم فحص المريض قبل إجراء العملية ، إستناداً إلى أن الطبيب المعالج ، هو الذى أشار عليه بإجرائها .

١٢٨ - (٢) **إلتزام الجراح بفحص الأجهزة والمعدات الطبية قبل إجراء الجراحة :**

كذلك تقتضى عناية الجراح ، التى تفرضها عليه الأصول العلمية المتعارف عليها فى مهنة الطب ، أن يولى الأجهزة والمعدات الطبية المستخدمة فى علاج المريض عناية كبيرة ، خاصة إذا كان من شأن سوء إستخدامها ، أو الإهمال فى ذلك أن تتسبب فى حدوث أضرار للمريض - فعليه أن يعنى بفحصها ، بل وتشغيلها على سبيل التجربة ، إن أمكن ، قبل أن يبدأ فى إستخدامها .

ومن التطبيقات القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة «السين» الفرنسية ، من أنه يجب على الجراح أن يفحص الجهاز الموضوع تحت تصرفه فحصاً جيداً ، ويتحقق من صحته ، وسلامة التوصيلات الكهربائية . كما يجب أن يتأكد من أن وضع المريض على ترابيزة العمليات ، يعزله تماماً عن أى إتصال كهربائى ، فإذا لم يقم الجراح بمراعاة هذه الواجبات ، مما أدى إلى إصابة المريض بحروق ، بسبب خطأ فى التوصيلات الكهربائية للجهاز ، كان يمكن إكتشافه ، سيما وأن الطبيب أخصائى فى الجراحة بالكهرباء ، فإنه يكون قد إرتكب خطأ حسبما يستتبع مساءلته [1] .

على أن عناية الجراح لا تنتهى عند إستخدام الأجهزة الطبية ، بل تمتد أيضًا إلى إستخدام الأدوات التى تستعمل فى الجراحة ،

---

(١) محكمة «السين» المدنية ، فى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٣ - جازيت دى باليه سنة ١٩٥٣ - ص١٢٠ - عن خطاب ورزيق السابق - ص٧٩ .

كالمنضدة التى يرقد عليها المريض ، الذى ستجرى له الجراحة . ويقتضى الأمر من الجراح فى هذه الحالة ، أن يقوم بفحص المنضدة، ليس فقط كآلة مجردة عن الإستخدام ، بل على الأخص منذ اللحظة التى يرقد عليها المريض ، فإن لم يفعل ، إنعقدت مسئوليته عما ينشأ عن تلك من أضرار .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأنه يجب على الجراح قبل إجراء العملية أن يفحص المريض من كافة النواحى، دون الإقتصار على فحصه من ناحية المرض الذى يشكو منه . فإذا ما أدانت محكمة الموضوع الجراح الذى تسبب بإهماله ، وعدم إحتياطه ، فى كسر ساق مريض أثناء تحريك ترابيزة العمليات التى كان يرقد عليها وهو مخدر ، وذلك بسبب عدم ملاحظته أن الساق كانت مربوطة فيها ، وبها مرض معين يقتضى عدم تحريكها ، فإن حكمها يكون صحيحاً ، لا مطعن عليه (١) .

١٣٩ - (ب) متابعة حالة المريض حتى إستكمال العلاج طبقاً لما تقضى به الأصول العلمية الثابتة :

كما تستلزم العناية الواجبة على الجراح ، فى أحوال كثيرة ، أن يقوم بمتابعة حالة المريض الذى خضع للجراحة . وفحصه على فترات دورية متقاربة ، أو متباعدة ، على حسب الحالة ، حتى إذا ما تبين له وجود أخطاء قد حدثت من المساعدين ، أو الخدمات المعاونة ، أو حدوث مضاعفات نجمت عن التدخل الجراحى ، بادر إلى العمل على تداركها ، حتى لا يصاب المريض بضرر أشد ، قد لا يكون متوقعاً .

ولذلك ، عد مسئولاً الطبيب الذى يهمل مراقبة سير الأمور ، بعد

---

(١) نقض جنائى فرنسى ، فى ٢١ يوليو سنة ١٩٤٧ - جازيت دى باليه - ٢ - ٢٠٢.
عن خطاب ورزيق - السابق - ص١٧٩ .

إجراء العلاج أو الجراحة ، فيترتب على ذلك حدوث غنغرينا نتيجة لهذا الترك (١) .

كما قضى بأن الجراح يسأل ، على وجه الخصوص ، عن الحروق التى تنجم لمريض ، أجرى له عملية جراحية ، ثم تركه وهو لا يزال تحت تأثير المخدر ، إذا نجمت هذه الحروق عن حافظات الماء الساخن التى أمر الممرضة بوضعها ، دون أن يتحقق من درجة حرارتها .

وأيضًا ، يلزم عناية الجراح بمريضه بأكثر زيادة ، كلما كانت حالة الضعف التى يعانى منها ، تستدعى ذلك .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه يجب على الطبيب أن يستمر على عنايته بالمريض ، حتى بعد إفاقته من المخدر ، إذا كان على درجة من الضعف ، تقتضى الإستمرار فى العناية به .

كما قضت محكمة الجيزة بإدانة الطبيب الذى أجرى عملية إستخراج حصوة من المثانة لفتاة بسبب خطئه ، وعدم إحتياطه ، حيث لم يقم بوضع درنغة داخلية ، مما سهل إمتداد التقيح من المثانة إلى البريتون ، الأمر الذى أدى إلى حدوث إلتهاب بريتونى نشأت عنه الوفاة .

وجاء بأسباب الحكم ، أنه إذا سلم بأنه وضع القسطرة ، فإنه لم يراقب البول ، وكان واجبًا عليه ، مادام يرى إتخاذ القسطرة وسيلة للدرنغة الداخلية ، إما أن يبقى المريضة فى عيادته ، وتحت ملاحظته المستمرة ، وإما أن يتردد عليها يومياً لمراقبة تطورات البول . وقد تبين من أقوال حضرة الدكتور ... أنه لا يسمح فى حالة كهذه بإنتقال

---

(١) محكمة جنح «السين» ، فى ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ . وقد تأيد إستئنافياً من محكمة إستئناف «باريس» ، فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ومن محكمة النقض ، فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٥١ ، وهامش رقم (٣) .

المريض ، قبل سبعة أيام ، وأن يؤخذ على أهل المريض إقرار بمسئوليتهم، إذا حتموا نقل مريضهم . وأضافت المحكمة أن الطبيب لم يتوجه للمريضة فى هذه القضية إلا بعد يومين ، وبناء على طلب أهلها ، فوجد إرتفاعًا فى حرارتها ، كان سببه بلا شك ، عدم مراقبة البول منذ عمل العملية ، وعدم إجراء الدرنغة الداخلية (١) .

---

(١) محكمة «الجيزة»، فى ٢٦ يناير ١٩٣٥ - المحاماة س١٥ - ص٤٧١ - عن خطاب ورزيق - السابق - ص١٧١ .

المبحث الثانى
العناية الواجبة على الجراح
فى ظل الظروف الإستثنائية

١٣٠ - المقصود بالظروف الإستثنائية ذات الأثر على العناية الواجبة على الجراح :

حرصت محكمة النقض الفرنسية ، ونظيرتها المصرية ، وهى بصدد تحديد العناية الواجبة على الطبيب ، أن تفصل ما بين عنايته الواجبة عليه فى ظل الظروف العادية ، وبين تلك الواجبة عليه فى ظل الظروف الإستثنائية .

وطبقًا لرأى البعض من الفقهاء ، فإن المقصود بالظروف الإستثنائية ، هى الظروف الخارجية التى يعمل الطبيب فى محيطها . ومن هذه الظروف ، ظرف السرعة والإستعجال ، وظرف حرمان الطبيب مما يقتضيه التطبيق السليم لقواعد العلم والفن ، وهو ما يمكن أن نسميه « بالظروف الشاذة » . كما بات من المقرر أنه يدخل ضمن هذه الظروف ، الحالات التى يحار فيها الطبيب اليقظ ، والتى تبيح له – هى أيضاً – الخروج على الأصول العلمية الثابتة ، بشروط معينة .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نبحث كل من هذه الظروف الإستثنائية، والتى تؤثر على العناية الواجبة على الجراح ، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
العناية الواجبة على الجراح
فى أحوال الإستعجال

١٣١ - المقصود بأحوال الإستعجال :

يقصد بأحوال الإستعجال ، الأحوال التى تنطوى على درجة معينة من الخطورة ، ومن ثم تحتاج إلى إتخاذ إجراءات طبية سريعة وعاجلة . وغالباً ما يكون لعنصر الوقت الأهمية القصوى ، فى مثل هذه الأحوال .

ومن الواضح أن هذه الأحوال ، تتعلق بحالة المريض ، بغض النظر عن الظروف الخارجية الأخرى ، والتى قد تشكل – هى الأخرى – ظرفًا من الظروف الإستثنائية ، ومن ثم يكون لها أثر فى تحديد مدى العناية الواجبة على الجراح . وقد يجتمع الظرفان ، فنكون أمام ظرفين من شأنهما التأثير بدرجة أكبر فى تحديد مدى تلك العناية .

هنا ، وتكيف حالة الإستعجال بإعتبارها حالة من حالات الضرورة . وإذا كانت الضرورة – فى رأى البعض – هى أحد شروط إباحة العمل الطبى ، إلا أن الضرورة التى نحن بصددها ، هى تلك التى تمليها حالة الاستعجال – وما يترتب على ذلك من أثر بالنسبة لتحديد درجة العناية الواجبةعلى الجراح – وليست الضرورة التى تبيح التدخل الطبى بصفة عامة ، من حيث أنه مجرد مساس بسلامة الجسم ، لا يجيزه القانون إلا بشروط معينة ، من اهمها قصد العلاج.

وعلى أى الأحوال ، فإن أحوال الإستعجال التى نحن بصددها ، يمكن أن تبرر نقص العناية الذى يحدث فى مثل هذه الأحوال ، كرد فعل طبيعى للحالة الخطرة التى يكون عليها المريض ، بل وأيضاً كرد فعل طبيعى عن محاولة الجراح إفتداء الوقت ، والمسارعة إلى إسعاف المريض .

وفيما يلى ، نتناول شرح العناية الواجبة على الجراح فى أحوال الاستعجال ، بشىء من التفصيل .

١٣١(أ) - التغاضى عن القيام ببعض الأعمال والإجراءات الطبيةأو تقديم الجراح لعناية ناقصة :

فقد تتطلب عناية الجراح - أحياناً - أن يتغاضى عن القيام بأعمال وإجراءات ، لم يكن له أن يتغاضى عن القيام بها ، إذا لم يواجهه ظرف من ظروف الإستعجال ، بل أن نقص العناية فى حد ذاته ، قد يكون مبرراً ، إذا أحاط بالواقعة ظرف من هذه الظروف .

ومن أمثلة الحالة الأولى ، أن يتغاضى الجراح - فى سبيل مواجهة ظروف الإستعجال - عن مراعاة بعض القواعد الأولية ، التى يقضى بها العلم والفن الطبى .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن الجراح لا يسأل إذا أهمل الإحتياطات التى يوجبها الفن ، بسبب السرعة ، أو الظروف الشاذة التى كان يجب أن يجرى العملية فيها (١) .

ومن أمثلة الحالة الثانية ، أن تؤدى ظروف الإستعجال إلى مظهر من مظاهر نقص العناية . وهى تكون مبررة على أية حال ، بالنظر إلى هذه الظروف ، وإن كانت هى نفسها لا تلقى مثل هذا التبرير ، إذا تم إغفالها فى الظروف العادية . ومن ذلك حوادث إغفال الجراح لجسم غريب فى جوف المريض .

وغنى عن البيان ، أن هذه الحوادث ، إن هى إلا نتيجة للعجز البشرى ، وهى يمكن أن تحدث بالنسبة للجراحين الأكثر مهارة ، ومهما كانت الإحتياطات التى روعيت أثناء إجراء عملية جراحية عاجلة، أو طويلة ، أو دامية (٢) .

ويصف العميد « سافاتييه » الجو الذى يحيط بالجراح ، أثناء مباشرته لعملية جراحية ، على النحو التالى : « أثناء العمليات

---

(١) مازان ص١٩٠ ، ودونيد دى فابرا ، فى نشرة الطب الشرعى - س١٩٣١ - ص٤٤٨. عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٢٠ ، وهامش رقم (٧) .

(٢) رجع د. الشوا - السابق - هامش رقم (٣) - ص٦٧ .

الجراحية المؤثرة ، والتى تحيطها تهديدات غير متوقعة ، تتلاحق إشارات الجراح ، حيث تحتم حالة الضرورة سرعة التصرف خلال الدماء المتدفقة التى تكتسح مكان العملية الجراحية ، والتى تحتم تكنيس الضمادات بعضها فوق البعض ، والتى سرعان ما تتلوث بالدماء ، ويمتصها الصديد » (١).

ويتبين من تحليل القضاء الفرنسي ، أن المحاكم قد ميزت فى بادئ الأمر ، ما بين العمليات الجراحية البسيطة ، والتى تجرى بدون إستعجال ، وبين تلك الدقيقة ، والتى تباشر على عجل . ورتبت على هذه التفرقة إعتبار أن إغفال أى جسم أجنبى فى بطن المريض ، لا يعد من قبيل الخطأ الطبى ، ولكنه حادث جراحى عارض (٢) .

وفى هذا الشأن ، فقد رأت محكمة السين المدنية ، أن الجراح الذى يترك أثناء عملية جراحية فتيلة غاز فى جسد المريضة ، لا يعد مرتكبًا لأى خطأ أو إهمال ، لا سيما عندما يكون فقد هذه الفتيلة راجعًا إلى ظروف خارجة عن إرادة وكفاءة الجراح ، وعلى الرغم من الإحتياطات الإستثنائية التى تذرع بها هذا الجراح - كوجود مساعدين إثنين له - إلا أنه لم يتمكن من منع هذا الحادث ، علاوة على إستحالة توقعه (٣) .

كما قضى بأن يخلى الجراح من المسئولية ، عندما يترك فى جوف المريض قطعة من القطن ، أو الشاش ، أثناء إجراء عملية جراحية ، على درجة كبيرة من الخطورة ، بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة ، أو أن الظروف التى أجرى فيها العملية ، ما كانت تساعده على القيام بعمله على أكمل وجه . فمتى كانت هذه الحال ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) د. الشوا - السابق - بند ٦٤ - ص٦٨ .

(٣) عن د. الشوا - السابق - بند ٦٤ - ص٦٩ Trib. civ - scine 9 nov. 1934. G.P. 1935 - 1- 43 .

فإن نسيان قطعة القماش أو القطن ، يعتبر مجرد حادث جراحى ، لا يسأل عنه الجراح (١) .

ويبدو أن القضاء الفرنسى ، قد عدل عن هذه التفرقة ، وقرر أن ترك أى جسم غريب فى جسد المريض ، يشكل ، من حيث المبدأ ، خطأ طبيًا ، وبغض النظر عن حالة الإستعجال (٢) ، أو المشاكل الإستثنائية (٣) ، أو الظروف المؤثرة (٤) التى تجرى فيها العملية الجراحية .

وفى هذا الصدد ، قضت محكمة «إكس» ، أنه يعد خطأ طبيًا جسيمًا، واقعة نسيان ملقط فى جسم المريض ، حتى ولو كانت العملية الجراحية فى حالة إستعجال ، وأجريت خارج عيادة الشخصية، بإستعمال أدوات البحر ، وأن علب أدوات الجراحة ، التى وضعت تحت تصرفه ، لا تحتوى على ملاقط مرقمة ، بحيث يمكن حصرها بعد إنتهاء العملية . وطبقًا لوقائع هذه الدعوى ، فقد ترتب على نسيان الملقط ، إجراء عملية جراحية أخرى ، أودت بحياة المريض (٥) .

---

(١) محكمة «باريس» ، فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٣ – دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٣٢١ . عن خطاب ورزيق – السابق – ص١٩٦ .

(٢) راجع : Aix - 12 juin 1954 J.C.P. 1954-11-8040 عن د. الشوا – السابق – بند ٦٥ – ص٦٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) راجع : Trib - Civ seine 4 juil 1939 G.P. 1040 - 1 - 63 عن د. الشوا – السابق – بند ٦٥ – ص٦٩ ، وهامش رقم (٣) .

(٤) راجع : Paris. 5 mars 1957 عن د. الشوا – السابق – بند ٦٥ – ص٦٩ ، وهامش رقم (٤) .

(٥) راجع : Aix - 12 juin 1954 J.C.P. 1954-11-8040 عن د. الشوا – السابق – بند ٦٥ – ص٦٩ ، وهامش رقم (٥) .

ويلاحظ الدكتور الشوا ، أن هذا القضاء ، يفرض على الجراح إلتزامًا حقيقيًا بتحقيق نتيجة . فقد قرر « أن على الجراح ، قبل وبعد إجراء العملية ، أن يتنزع=

وجدير بالملاحظة ، أنه فى هذا النوع من الخطأ ، كثيراً ما يحدث أن يحاول الجراح إلقاء المسئولية على عاتق الممرضة . ففى إحدى القضايا ، وبعد إجراء الجراحة بستة أشهر ، أصيب المريض بآلام حادة، وإرتفاع غير مفهوم فى درجة الحرارة ، ولم تجد معه كافة الأدوية ، ولم يكن هناك بد من إعادة فتح الجرح ، فتم العثور على الشاش المتعفن . وعلى الرغم من إستخراجه ، إلا أن المريض توفى بعد عدة أيام ، متأثراً بالتقيحات ، والإلتهابات ، والآثار السيئة لذلك الخطأ . وإذ دفع الجراح بمسئولية الممرضة ، رفضت المحكمة هذا الدفع ، حيث قررت أنه كان ينبغى عليه التأكد من نقاء الجرح قبل قفله ، وأن يتأكد من عدد قطع الشاش المستعملة ، ولا يكفى مجرد سؤال الممرضة عما إذا كانت راجعت العدد (١) .

ولعل من أحدث الدعاوى التى أقيمت فى مصر ، فى هذا الشأن ، الدعوى التى عرفت فى وسائل الإعلام بقضية « هند » ، والتى كتبت عنها جريدة «الأخبار» الخبر التالى :

« أكد الفريق الطبى المشرف على علاج هند نواف ، التى أمر الرئيس حسنى مبارك بعلاجها على نفقة الدولة أنها ستغادر معهد ناصر غداً ... ومن ناحية أخرى ، قرر المستشار عبد المجيد محمود النائب العام ، إحالة الطبيب ... الذى أجرى العملية الجراحية لهند إلى المحاكمة الجنائية العاجلة بعد غد الأحد ، حيث ثبت أنه نسى

- بالوسائل المفيدة ، والمؤثرة ، كى لا يتجنب فقط كل نسيان ، ولكن أيضاً لكى يدرك هذا النسيان ، إذا حدث » . وعبارة « تجنب كل نسيان » ، تفيد إلى إلتزام بوسيلة ، أما عبارة « أن يدرك هذا النسيان » ، فهى تشير إلى إلتزام بنتيجة ، ولكى يعفى منه الطبيب ، فعليه أن يبرهن ، لا على إنتفاء كل خطأ ولكن أن يثبت، علاوة على ذلك ، أن هذا النسيان ، كان ثمرة حقيقية ، لقوة قاهرة (السابق) .

(١) د. منصور – السابق – ٢٠٠٩٦م – ص٨٧ .

فوطة طبية فى بطنها ، نتيجة لإهماله ، وهو ما أدى إلى تفاقم حالة هند »[1].

وكان الطبيب المتهم قد أجرى لها عملية ولادة قيصرية . وقد ترتب على نسيان الفوطة حدوث إنسداد غير كامل للأمعاء نتيجة الإلتصاقات التى حدثت . ونتيجة لذلك لم تتمكن المريضة من تناول أى طعام لمدة أسبوعين ، فى الوقت الذى يجب عليها فيه إرضاع مولودها[2] .

١٣١(ب) - ثانياً : العناية الأوفر فى أحوال الاستعجال :

على أنه هناك بعص الأحوال التى يتحتم فيها على الجراح ، أن يقدم للمريض عناية أوفر من تلك التى يتحتم عليه تقديمها ، فى الظروف العادية .

ومن أمثلة هذه الأحوال ، أن يقوم الجراح بمتابعة حالة المريض متابعة دقيقة ، متى كان محتاجاً إليها ، وكانت حالة الاستعجال تقتضى ذلك . بل إذا لزم الأمر ، أن يتواجد الجراح إلى جوار المريض ، أو على الأقل أن يتضمن وجود أحد المتخصصين إلى جواره . فإن لم يفعل ذلك ، كان مسئولاً عما يمكن أن ينشأ عن ذلك من أضرار .

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضى بأن الطبيب الذى يترك الوالدة ، على إثر ولادة عسرة ومؤلمة ، مقتصراً على وصف غسول بارد ، يعتبر مسئولاً جنائياً عن موتها ، بنتيجة نزيف حدث مباشرة بعد رحيله ، وقبل أن يمكن الاتصال به ، على أساس أنه قد ارتكب غلطة مضاعفة ، بوصف الغسول البارد ، ولم يتنبأ بإمكان حدوث النزيف ، ولم يمكث

---

(١) جريدة الأخبار ، فى عددها الصادر يوم الجمعة ٢٦ يناير سنة ٢٠٠٧ - الطبعة الثانية - الصفحة الأولى .

(٢) جريدة الأخبار ، فى عددها الصادر يوم الجمعة ١٩ يناير سنة ٢٠٠٧ - الطبعة الثانية - الصفحة الأولى .

إلى جانب المريضة للعناية بها ، بعد هذه الولادة الصعبة المؤلمة (١).

على أنه يلزم في متابعة الجراح للمريض ، في أحوال الاستعجال ، أن تأتي في وقتها المناسب ، وإلا فات الغرض منها . فإذا انقطع الجراح عن المريض فترة من الوقت ، كانت كفيلة بأن تجعل متابعته غير ذات شأن ، بأن جاءت متأخرة ، عدّ مسئولاً عن ذلك .

وعلى ذلك ، فقد قضى بإدانة طبيب أمراض النساء ، الذي كان يشرف على علاج سيدة بعد الوضع . وبالرغم من أن حالتها كانت خطرة ، لم يتخذ أي إجراء منتج لإنقاذها ، بل أشار متأخراً بالعلاج اللازم لها (٢).

---

(١) محكمة « السين » في ١١ أغسطس سنة ١٨٥٢ . عن د. الجوهري – السابق ص ٤٢٧ ، وهامش رقم (٤) ، وفيه يشير إلى جارسون م ٣١٩ ، ٣٢٠ – ن ١٩٣ .

(٢) نقض فرنسي جنائي ، في ١٤ يونيو سنة ١٩٥٧ – سيري ١٩٥٧ – ص ٢٣٩ عن خطاب ورزيق – السابق – ص ١٧٦ .

المطلب الثانى

العناية الواجبة على الجراح
فى الظروف الشاذة

١٣٢ - تحديد الظروف الشاذة :

الظروف الشاذة ، هى الظروف التى يؤدى توافرها إلى عدم تقديم الجراح لمريضه العناية المرجوة ، أى عناية طبية دقيقة ، وكاملة. وهى تنقسم إلى ظروف عينية ، وأخرى شخصية .

١٣٣ - أولاً : الظروف العينية :

الظروف العينية ، هى تلك المتعلقة بالمكان الذى تجرى فيه الجراحة ، وبتوافر الإمكانيات اللازمة للجراحة ، ومن أمثلة هذه الظروف أن يعمل الجراح فى أماكن لا تصلح لمباشرة الجراحة ، وفقاً للأصول العلمية الثابتة ، ومن أمثلة ذلك الجهات النائية ، والبعيدة عن العمران ، بحسبان أنه من غير المتصور أن تكون هذه الأماكن مزودة بالأجهزة ، والمعدات ، والأدوات اللازمة لمواجهة الحالات الخطرة ، والعاجلة .

ومن أمثلة هذه الظروف كذلك ، ظرف عدم وجود إضاءة كافية لإجراء الجراحة اللازمة ، كأن يقوم الجراح بمباشرة الجراحة فى الليل، أو فى مكان مظلم ، مع عدم توافر وسيلة إضاءة كافية . أو غير ذلك من الظروف منبتة الصلة بحالة المريض [١] .

ويضرب الفقه مثالاً آخر لذلك ، بالطبيب الذى يستدعى لمباشرة

---

(١) ومن المتصور أن تجتمع الظروف الشخصية للمريض ، مع الظروف العينية الشاذة، معاً فى حالة واحدة ، فنكون أمام ظرفين من الظروف الاستثنائية الشاذة .

حالة وضع ، داخل أحد القطارات ، والطبيب الذى يفاجأ على غير سابق علم منه . بحالة تتطلب تدخلاً عاجلاً ، تقتضيه ضرورة إنقاذ مصاب من خطر داهم ، فيرون أنه يكون للطبيب - فى مثل هذه الحالات - أن يخرج على الأصول العلمية الثابتة ، بقدر ما تفرضه عليه تلك الظروف ، فالضرورات - طبقًا للقاعدة الشرعية - تبيح المحظورات[1].

وايضاً ، فمن غير المقبول - من وجهة نظرالعدالة - أن يسوى ما بين حالة الجراح الذى يجرى الجراحة فى مستشفى مزود بالأجهزة الطبية اللازمة ، ووسائل الأمان الطبى ، وكافة الإمكانيات الحديثة ، كوسيلة التعقيم ، وأجهزة التبريد والتدفئة « التكييف » ، وما إلى ذلك، وبين غيره ممن يعملون فى جهات، لا يتوافر منها شئ من ذلك.

أما لو توافرت مثل هذه الإمكانيات ، ومع ذلك أصر الجراح على عدم الإنتقال إلى حيث هى موجودة ، وقام بإجراء الجراحة فى مكان لا تتوافر به مثل هذه الإمكانيات ، فلا يكون له أن يتذرع بعدم توافر الإمكانيات ، ما لم تكن حالة المريض تستدعى الاستعجال .

ومن أمثلة ذلك ، أن يجرى الجراح الجراحة فى عيادته الخاصة ، والغير مزودة بالأجهزة والأدوات الضرورية ، فى حين أنه كان بإمكانه أن ينقل المريض إلى أحد المستشفيات التى تتوافر بها هذه الإمكانيات، ويقوم بإجراء الجراحة بها .

فمتى كانت الظروف التى يعمل فيها الجراح ، من الشذوذ بحيث لا يمكن معها إجراء جراحة ناجحة ، فإنه لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن تدخله من أضرار ، بالقدر الذى تؤثر فيه هذه الظروف .

وعلى ذلك ، فقد قضى بإلغاء حكم قضى بإدانة طبيب أجرى

---

(١) د. وديع فرج - السابق - ص٤٢٠ ، ٤٢١ .

عملية ولادة فى وسط الليل ، بواسطة إبرة من إبر التنجيد . وترتب على ذلك خرق الرحم ، مما تسبب فى وفاة الوالدة .

وقد قرر الحكم بأنه لا مسئولية على الطبيب عن الجرح الذى يحدث منه ، خلال عملية ثقب راس الجنين ، إذا كان قد إضطر إلى إجراء هذه العملية لأول مرة ، وبآلات إرتجالية ، لم يجد تحت يده غيرها ، وفى ظروف تدعو إلى الإستعجال . وكانت العملية هى الأمل الوحيد لإنقاذ الأم . ولو أن الخبراء قرروا أنه لم يجرها بدرجة المهارة الواجبة (١)..

وأيضاً ، فقد عرضت فى فرنسا قضية ، نسب فيها إلى طبيب أنه أخطأ فى عدم الحصول على صورة بالأشعة ، فى موضع عملية أجراها لمريض ، وترك فيها جسماً غريبًا فى داخل فخذه . وإتضح أن المريض كان يبعد عن أقرب مكان للتصوير بالأشعة ، بما لا يقل عن عشرة كيلومترات ، وأن حالته لم تكن تحتمل الإنتقال بسبب الحمى التى أصابته . وكانت المحكمة الإبتدائية قد قضت بالتعويض على الطبيب ، ولكن محكمة الإستئناف الغت هذا الحكم (٢) .

وفى واقعة أخرى ، قضى بعدم مسئولية طبيب بالريف ، قام بمباشرة عملية ولادة مستعجلة فى عيادته الخاصة ، تحت تأثير مخدر يطلق عليه chlorure d'éthyle . وقد عاونه فى ذلك مساعد صيدلى . وكانت النتيجة أن توفيت المريضة لتوقف القلب . وقد كان يمكن تقليل المخاطر ، لو كانت العملية قد أجريت فى مستشفى

---

(١) محكمة «باريس» ، فى ٤ مارس سنة ١٨٩٨ – دالوز ١٨٩٨ – ١ – ٤٤٩ ، وسيرى ١٨٩٩ – ٢– ٩٠ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٢٧ ، ٤٢٨ ، وهامش رقم (١).

(٢)-محكمة «دويه» ، فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ – مجموعة أحكام دويه س١٩٢٩ – ص٣٢١ ، و«بوميرول» ص١٧٩ – ١٨٢ عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٩٧ ، وهامش رقم (٢) .

مزود بقسم للرعاية المركزة ، إلا أنه - وللأسف - كانت أقرب مستشفى تبعد عن محل إقامته المريضة بحوالى عشرين كيلومتر[1].

١٣٤ - ثانيًا : الظروف الشخصية :

والمقصود بهذه الظروف ، الظروف المتعلقة بشخص المريض ذاته، ككبر السن ، وظروف الإصابة ، وعدم إحتماله لضعف بنيته ، ووجود مرض آخر ، وغير ذلك .

وتعد هذه الظروف من الظروف الشاذة التى تؤخذ فى الإعتبار ، عند تحديد العناية الواجبة على الجراح ، متى كان من شأن تدخله ، فى مثل هذه الظروف ، حدوث أضرار للمريض .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضى به فى دعوى نسب فيها إلى الطبيب أنه فى علاجه لمصاب ، كسرت رجله فى حادث، لم يضع عظمتى الساق متقابلتين ، كما تقضى بذلك القواعد الأولية لفن الجراحة ، بل وضعهما واحدة فوق الأخرى ، فتسبب له بذلك فى قصر الساق ، نجمت عنه عاهة مستديمة ، ولكن تبين من تقارير الأطباء ، أن الطبيب المعالج قد إضطر إلى الإجراء الذى قام به إضطراراً، بسبب كبر سن المريض ، حيث كان فى الثالثة والثمانين من عمره ، وكانت حالته لا تسمح بإحتمال إجراء عملية جراحية عادية ، وأن الطبيب إذا كان قد تجاوز عما يقضى به فن التجبير ، فإن ذلك قد دعت إليه ظروف الإصابة ، وتفتت الأنسجة ، وعمر المصاب ، وخطر العدوى . ولذلك رفضت المحكمة الدعوى ، وقضت للطبيب بالأتعاب[2].

---

(١) عن د. الشوا - السابق - بند ٦٢ - ص٦٦ وهامش رقم (٢) . Cass. civ. 17 fév . 1959. G.P. 1959 - 1 - 245 .

(٢) محكمة «ليون» ، فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ - «بوميرول» ص١٥٧ ، ١٥٨ ، ومحكمة «روان»، فى ٢١ أبريل سنة ١٩٢٣ - سيرى ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ . عن د.الجوهرى - السابق - ص٢٥٥ ، وهامش رقم (٤) .

كما قضى بتبرئة طبيب ، رغم فشله فى إستخراج طرف إبرة من الجرح ، فهو وإن لم يقم بإجراء الأشعة ، لمعرفة موضع الجسم الغريب ، لأن حالة المريض لم تكن تسمح بنقله ، إلا أنه قد قام بالفحوص والمجهودات اللازمة فى هذا الصدد [١] .

---

(١) عن د. منصور –السابق – طبعة ٢٠٠٦م – ص٧٦ ، وهامش رقم(٤) Civ. 7 Mars 1966. G.P. 1966. 2. 5 .

المطلب الثالث
العناية الواجبة على الجراح
فى الحالات الدقيقة والمحيرة

١٣٥ - الحالات الدقيقة والمحيرة هى الحالات التى تستعصى على كبار الأطباء :

والحالات الدقيقة والمحيرة ، هى الحالات التى يستعصى على النطس من الأطباء تشخيصها أو علاجها . وبالنظر إلى أن هذه الحالات لم يتوصل الطب بعد إلى إكتشاف حقيقتها ، وتقرير العلاج اللازم لها . ومن هنا يصح إعتبارها ضمن الحالات التى تبرر الخروج على الأصول العلمية الثابتة . وذلك نظراً لما تقتضيه من إستعمال وسائل طبية غير معتادة فى الفحص ، والتشخيص ، والعلاج ، ولما تستلزمه من منح الطبيب حرية أكبر فى إختيار العلاج المناسب ، وأخيراً لما تقتضيه من إجراء بعض التجارب الطبية ، التى تعين الطبيب على مواجهة الحالة المعروضة عليه ، أو على الأقل الحد من آثارها، وغلوائها .

وفى خصوص الحالات الدقيقة والمحيرة ، يكون على الجراح أن يستعين برأى الإخصائيين من الأطباء ، كما يكون عليه أيضاً أن يقوم بدعوة زملائه لمعاونته فى الأمور المتعلقة بحالة المريض ، كلما إستدعت حالته ذلك .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الصدد ، الدعوى التى عرضت على محكمة «العطارين» الجزئية ، والتى نسب فيها إلى الجراح ، أنه تسبب بإهماله وعدم إحتياطه فى قتل المجنى عليه ، بأن أجرى له عملية فتح الكيس الأينورزمى، ولم يقم بربط الشريان الفخذى أعلاه، ولا بإتخاذ الطرق الطبية الفنية لإيقاف النزيف الناشئ عن العملية .

فقد ثبت للمحكمة أن المتهم لم يفطن إلى إحتمال أن يكون الورم «إينوريزميا» ، وانه ما اقدم على إجراء العملية ، إلا تحت الإعتقاد بأنه ورم بسيط ، كما شهد حكيمباشى الجراحة بالمستشفى الأميرى ، بأن التشخيص الذى أعطاه للمرض ، حسب العوارض الظاهرية ، وأهمها عدم وجود تموجات بالورم ، لا يعتبر خطأ منه .

ولذلك ، فقد قررت المحكمة ، أن عدم إستشارة المتهم ، وعدم إستعانته بأحد زملائه ، وعدم إستعداده لعملية فتح ورم إينوريزمى ، لا يعد إهمالاً منه ، ولا يوجب مسئوليته (١) .

وعلى العكس من ذلك ، فقد قضى بمسئولية طبيب فى حالة ولادة عسرة ، إنفرد بإجراثها ، رغم ما صادفه فيها من صعوبات ، دون أن يعدوا أحداً من زملائه، لمعاونته فيها (٢) .

---

(١) محكمة «العطارين» الجزئية ، فى ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ . عن د. منصور - السابق - طبعة ٢٠٠٦م - ص٩٢ .

(٢) محكمة «السين» ، فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٨٩٧ - سيرى ١٨٩٩ - ٢ - ٤٩٠ . وقد أقرت محكمة الإستئناف المبدأ ، وإن كانت قد الغت الحكم ، إستناداً إلى حالة الضرورة . عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٢٦ ، وهامش رقم (٤) .

الفرع الثانى

إلتزام الجراح بتحقيق نتيجة

١٣٦ - الإستعانة بفكرة الإحتمال فى تحديد طبيعة ومضمون الإلتزام الطبى :

إذا كان الأصل أن طبيعة الإلتزام الطبى ، ومضمونه ، يتحدد بإقتضاء بذل عناية الطبيب والجراح ، فى سبيل شفاء المريض ، وهو ما إصطلح على تسميته بالإلتزام « ببذل عناية » ، فإن ثمة حالات أخرى يستطيع فيها الطبيب - مستعيناً بمعطيات العلم الحديثة والمتطورة - أن يقدم لمريضه عناية طبية ، لا يتطرق الشك إلى نتائجها، أى عناية لا تقدر فى ضوء الإحتمال ويسمى إلتزامه فى هذه الحالة إلتزاماً بتحقيق نتيجة .

وبعبارة أخرى ، فإن العلة وراء هذا الإلتزام ، تكمن فيما ينطوى عليه العمل الطبى - فى بعض حالاته - من غلبة عنصر اليقين على عنصر الإحتمال ، الأمر الذى يبرر الخروج على فكرة العناية [١] . هذه التى تدور حولها الأعمال الطبية بصفة عامة ، نظراً لتضافر عوامل كثيرة تحيط بالعمل الطبى ، منها ما لا يخضع تحت سيطرة الطبيب.

وعلى ذلك ، فيرى الفقه أن الإلتزام الناشئ عن هذه الأعمال ، يتمثل فى ضمان سلامة المريض ، بمعنى عدم تعريضه لأى أذى خارج عن نطاق المرض الذى لجأ من أجله إلى الطبيب .

ويرى البعض ، أن معيار الإحتمال هذا، ليست له من قيمة إلا

---

(١) مصادر الإلتزام - د. إسماعيل غانم - ١٩٦٦ - ص٣٦ ، ٣٧ .

بوصفه معيناً على إستخلاص إرادة المتعاقدين ، إذ الأصل أن تلك الإرادة ، هى التى تحدد مضمون الإلتزامات التعاقدية . ولذلك ، فالفيصل فى تحديد مضمون الإلتزام ، ليس بطبيعة الغاية المقصودة منه فى ذاتها ، وإنما طبيعتها فى نظر المتعاقدين ، فليس هناك ما يمنع مثلاً - فى رأيهم - أن يتعهد الطبيب بشفاء المريض . ولذلك يكون إلتزام الطبيب إلتزامًا بتحقيق نتيجة ، فإذا لم يتحقق الشفاء ، بقى إلتزام الطبيب غير منفذ .

ويسلم القضاء والفقه الحديث ، بأن يتعهد الطبيب ، فضلاً عن بذل عناية يقظة فى علاج المريض ، وفقًا للأصول العلمية الثابتة ، بإلتزام محدد بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذى لجأ إليه من أجله ، وعلى غير صلة به (١) .

ومن الإلتزامات المحددة الواقعة على عاتق الجراح ، الإلتزام الناشئ عن إستعماله الأجهزة والأدوات الطبية ، مثل أجهزة التخدير، وأدوات الجراحة ، فضلاً عن الأجهزة المستعملة فى عمليات الولادة ، وفى جراحة الأسنان .

ويلحق بهذه الأجهزة والأدوات ، المناضد « الترابيزات » ، والكراسى الطبية المعدة لجلوس المرضى ، ورقادهم أثناء الفحص والعلاج ، أو إجراء العمليات الجراحية ، وغير ذلك .

ويتفق القضاء والفقه الحديث ، على إعتبار الإلتزام الناشئ عن إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية ، من طبيعة الإلتزامات بتحقيق نتيجة .

---

(١) محكمة «مو» الإبتدائية ، فى ١٢ ديسمبر ١٩٦١ ، ومحكمة «السين» الإبتدائية - ٢ مارس ١٩٦٥ - دالوز ، مختصر ، ص٥٧٧ ، ود. محمد على عمران - الإلتزام بضمان السلامة - ص٨٩ وما بعدها - عن د. رشدى - السابق ص١٤٨ ، وهامش رقم (٢) .

على أن القضاء والفقه قد بدأ يسيران نحو التوسع فى تقرير المسئولية الناشئة عن إستعمال هذه الأجهزة والأدوات ، تنفيذاً للعمل الطبى ذاته ، معتبرين أن الإلتزام الناشئ عن إستعمالها فى العمل الطبى ، هو إلتزام محدد .

ومن جهة أخرى ، فإن البعض قد نادى بوجوب إعتبار إلتزام الجراح الناشئ عن عمليات نزع الأعضاء، إلتزاماً بتحقيق نتيجة .

وعلى ذلك ، فسوف نعرض لتفاصيل هذه الموضوعات ، كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

مدى إلتزام الجراح بتحقيق نتيجة

« الإلتزام بضمان سلامة المريض »

١٣٧ - أولاً : محاولات القضاء وضع إلتزام على عاتق الجراح بضمان سلامة المريض متميز عن الإلتزام ببذل عناية :

فى محاولته لخلق أداة قانونية ، يمكن للمريض من خلالها ، الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة للعمل الطبى الذى يخضع له ، دون حاجة للبحث عن خطأ فى جانب القائم بهذا العمل ، فقد وجد القضاء ضالته التى يسعى وراءها . وكان ذلك من خلال الإلتزام بضمان سلامة المريض .

وترتبط الأضرار المقصودة هنا ، لا بما يتلقاه المريض من علاج ، كما لا ترتبط كذلك بالعمل الطبى ذاته ، بمفهومه الفنى ، ذاك الذى يظل إلتزام الطبيب بشأنه ، مجرد إلتزام ببذل عناية (١) .

وغنى عن البيان ، أن هذا الإتجاه ، أو التوجه ، كان واضحًا ، بصفة خاصة ، فى أحكام محاكم الموضوع فى فرنسا .

ومن هذه الأحكام ، وما قضت به محكمة « مرسيليا » الجزئية ، فى ١٩٥٩/٣/٣ ، من أن الجراح الذى أجرى لمريضه عملية إستئصال زوائد صغيرة ، فى منطقة العانة ، يكون مسئولاً عن الحروق الشديدة التى أصابته ، رغم عدم ثبوت إهمال فى جانبه ، متى كان الضرر لا علاقة له بالمرض الذى يعالج منه المريض . وقد حدث ذلك أثناء إجراء العملية الجراحية .

---

(١) د. مصطفى الجمال – ص١١٥ ، د. محسن البيه – ص٢٣٥ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٢ ، وهامش رقم (٢٢٢) .

وجرياً فى نفس الإتجاه ، فقد قضت محكمة « باريس » بحكمين أحدهما بتاريخ ١٩٩٧/٥/٥ ، والآخر فى ١٩٩٧/٥/٢٠ ، قائلة بأنه «إذا كانت طبيعة العقد الذى يعقد بين الجراح وعميله ، يضع على عاتق المهنى ، من حيث المبدأ ، مجرد إلتزام ببذل عناية ، فإنه ، رغم ذلك ، يلتزم بمقتضى إلتزام بتحقيق نتيجة بإصلاح الضرر الذى لحق بمريضه، بمناسبة عمل جراحى ضرورى لعلاجه ، متى كان الضرر، الذى لم يمكن معرفة سببه الحقيقى ، مرتبطاً مباشرة بالتدخل الذى خضع له المريض ، ولم يكن له علاقة بحالته السابقة [1] .

وقد أيدت محكمة إستئناف « باريس » هذا الإتجاه ، فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٥ [2] . وكان الأمر يتعلق بدعوى مريض، أصيب بالعمى أثناء خضوعه لعملية جراحية ، تبين وفقاً لتقرير الخبراء حدوث هذه الإصابة ، نتيجة خلل أصاب الأوعية الدموية ، ولم يكن للضرر الذى أصاب المريض ، هنا ، أية علاقة بحالته ، التى كان عليها ، قبل إجراء العملية . وطبقاً للتطور الطبيعى لحالة المريض ، فإن ما حدث ، لم يكن أمراً متوقعاً .

فبعد أن أيدت المحكمة الإستئنافية قضاء محكمة الدرجة الأولى ، وما قرره قضاة هذه المحكمة من أن طبيعة العقد الذى ينعقد بين الجراح وعميله لا يضع ، بحسب الأصل ، على عاتق الطبيب إلا إلتزاماً ببذل عناية ، أضافت المحكمة أن هذا الإلتزام الواجب التطبيق ،

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٣ ، ١٢٤ ، وهامش رقم (٢٢٤) T.G.I. Paris, 30/10/1997. Les Petites Affiches, 24 juin 1998, p. 26 .

(٢) فى دراسة تفصيلية لهذا الحكم ، راجع :

F.J.Pansier et J. - B. Bladier, Etude de l'évolution de la responsabilité médicale au trvers de l'enonée jurisprudentiel d'une obligation de sécurité à la charge du médicale G.P. 1999. 1. chronique p. 911 et s.

عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٤ ، وهامش رقم (٢٢٥) .

فى حالة الإخفاق فى أعمال العلاج ، وبالنظر ، بصفة خاصة لحالة المرض والإحتمال الملازم لكل علاج ، لا يستبعد وجود إلتزام تبعى ، مضمونه سلامة المريض ، ثم إنتهت إلى أنه يقع على عاتق الجراح إلتزام بسلامة المريض . وهذا الإلتزام يلزمه بتعويض الضرر الذى أصاب مريضه ، بمناسبة عمل جراحى ضرورى لعلاجه ، حتى فى حالة غياب الخطأ ، وذلك متى كان الضرر الذى أصاب المريض ، لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل الجراحى ، أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة .

١٣٨ - ثانياً : إقرار القضاء لإلتزام الطبيب بضمان سلامة المريض يحقق أمانى الفقه المنادى بضرورة التمييز بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بضمان سلامة المريض :

لا شك ، أنه يتبين من خلال التطبيقات القضائية السابقة ، محاولة قضاة الموضوع ، اللحاق بالحلول التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى ، فى مجال مسئولية المستشفيات العامة .

وعلى أى الأحوال ، فلم يكن هذا القضاء بمثابة إعلان عن نهاية الإلتزام ببذل عناية ، الواقع على عاتق الطبيب ، ولكنه – كما يرى البعض – يثرى هذا الإلتزام ، بإلتزام جديد ، هو الإلتزام بضمان سلامة المريض ، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة ، بحيث يلتزم الطبيب بتعويض المريض ، عن الأضرار التى تصيبه نتيجة عمل جراحى ، ضرورى لعلاجه ، ولو لم يكن هناك خطأ فى جانبه ، وذلك متى كان الضرر الذى أصاب المريض ، منقطع الصلة بالحالة السابقة للمريض، أو بتطورها الطبيعى .

بمقتضى هذا الإلتزام ، يصبح الطبيب مطالبًا ، ليس بشفاء المريض – بطبيعة الحال – وإنما بتفادى تفاقم حالته ، أكثر مما يتطلبه التنفيذ العادى للعمل الطبى ، أو الحالة الأصلية للمريض – قبل إجراء العمل الطبى للمريض – قبل إجراء العمل الطبى – وتطورها الطبيعى .

وإذا كانت الأحكام السابقة ، قد أقرت الإلتزام بضمان سلامة المريض ، فإن هذا يمثل تعبيراً عما تمناه بعض الفقه(١) ، من ضرورة إعتراف القضاء بالتمييز بين الإلتزام ببذل عناية ، والإلتزام بالسلامة، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة ، دون أن يستبعد أحدهما الآخر .

وعلى ذلك – وطبقاً لهذا الجانب من الفقه – فإنه يتعين التمييز ، من ناحية ، بين الإلتزام ببذل عناية – والذى يتعين الإحتفاظ به فى مجال الإلتزام بالعلاج ، كما يتعين للقول بمسئولية الطبيب عن الإخلال به ، ضرورة إثبات الخطأ فى جانبه – وبين تعويض الحادثة الطبية غير الخطئية ، والتى يميزها إصابة المريض بضرر جديد ، بمناسبة العمل الطبى ذاته ، ولا علاقة له بالمرض الذى يعانيه المريض أصلاً ، من ناحية أخرى .

١٣٩ - ثالثا : إنتقال الإتجاه السابق إلى أحكام محكمة النقض الفرنسية :

لم يقتصر الإتجاه السابق ، على قضاة الموضوع ، فقد تلاحظ أن بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية الحديثة – وليس كلها – قد سلكت فى ذات الإتجاه ، على الأقل ، من حيث ما تحمله من نتائج .

ومن هذه الأحكام ، ما قضت به هذه المحكمة ، فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١/٧(٢) ، فى دعوى ، تتلخص وقائعها فى أن مريضاً

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٥ ، رهامش رقم (٢٢٧) C.Viney et P.Jourdain l'indemnisation des accidents médicaux que peut faire la cour de cassation, J.C.P. 1997 - 1- 4016 .

(٢) Cass. Civ. G.P. 1997. flach. J.P. p. 32 .

وراجع فى هذا الحكم ايضاً Pansier et Bladier. précité. p. 915 .

وكذلك د. أشرف جابر – التأمين من المسئولية الطبية – دار النهضة العربية ١٩٩٩ – ص١٢٥ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٦ ، وهامش رقم (٢٢٨) .

كان يعانى من آلام فى ذراعه الأيسر ، مما إستدعى - وفقًا لرأى الطبيب المعالج له - إجراء عملية جراحية له ، لإصلاح وضع بعض الشرايين ، الواصلة بين الذراع والصدر . وفى أثناء الجراحة ، قطع الجراح شرياناً ملتصقًا بالشريان الذى أجريت الجراحة من أجله ، فترتب على ذلك إصابة المريض بنزيف ، إنتهى بوفاته . فأقامت زوجة المتوفى دعوى المسئولية أمام محكمة "Evry" ، فقضت المحكمة بمسئولية الجراح ، على أساس انه إرتكب مسلكاً غير سليم ، فى إجراء الجراحة ، يمثل رعونة وخرقاً للأصول الطبية ، غير أن محكمة إستئناف « باريس » ، ذهبت على عكس ذلك ، ونفت خطأ الجراح ، وأكدت على ما جاء بتقرير الخبراء ، من أن الجراحة تمت وفقًا للأصول الطبية السليمة ، وأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم إستثنائى ، وغير متوقع لحالة المريض .

وإذ طعنت الزوجة على الحكم السابق ، أمام محكمة النقض ، قضت الأخيرة بمسئولية الجراح ، ونقضت الحكم الإستئنافى، وإعتبرته يمثل مخالفة للمادتين ١١٣٥ ، ١١٤٧ من التقنين المدنى ، وإنتهت إلى أن الضرر الذى حدث للمريض قد وقع « بفعل » الجراح ، ومن ثم تنعقد مسئوليته عنه ، بقطع النظر عن ثبوت خطأ فى جانبه ، من عدمه .

ويتبين من هذا القضاء ، أن محكمة النقض ، لم تعن بالبحث فيما يمكن إعتباره خطأ من جانب الجراح ، سواء كان ثابتًا ، أو مفترضًا ، وإنما كان سندها فى قضائها هو أن الضرر الذى لحق بالمريض ، كان نتيجة فعل "fait" الجراح .

وبطبيعة الحال ، فإنه يترتب على ذلك نتيجة حتمية ، وهى الإعتراف بإلتزام الجراح بسلامة المريض ، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، ولازم ذلك ، انه لم يعد أمام الطبيب ، للتخلص من المسئولية، سوى إثبات القوة القاهرة ، أو خطأ المضرور (١) .

---

(١) J.Beuneau. Paradoxe sur le droit médicale, précité, p. 858.

١٤٠ - رابعاً : رجعة محكمة النقض الفرنسية عن قضائها السابق ثم عودتها إليه مرة أخرى :

لم تستقر محكمة النقض الفرنسية ، على ما إنتهى إليه قضاؤها السابق ، من تقرير إلتزام على عاتق الجراح ، مؤداه ضمان سلامة المريض ، بل أصدرت حكماً بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٥ ، يمثل عدولاً عن قضائها الأول ، عادت فيه إلى التأكيد على أن إلتزام الجراح، هو إلتزام ببذل عناية ، وأن لجوء الجراح إلى وضع أداة فى جسم المريض ، لإجراء العمل الطبى اللازم له ، لا يرفع عن إلتزامه هذا الوصف .

وكان الأمر فى هذه الدعوى ، يتعلق بإصابة المريض بالشلل ، نتيجة إنفصال بالون مطاطى عن الأنبوب المتصل به ، أثناء عملية التوسعة ، التى يجريها الجراح ، مما أدى إلى توجهه نحو أحد شرايين المخ ، وترتب على ذلك إنسداده ، ومن ثم حدوث النتيجة المذكورة .

وإذ عرض الأمر على محكمة النقض ، رفضت القول بمسئولية الجراح ، وأيدت الحكم المطعون فيه ، على أساس أن الجراح ، لا يلتزم فى مواجهة مريضه ، إلا ببذل عناية ، مؤكدة أن مسلكه كان متفقاً مع الأصول العلمية ، بل كان الأفضل ، وفقاً لتلك الأصول .

وقد أثار هذا الحكم ردود أفعال ، وتفسيرات مختلفة ، من قبل الفقه ، فقد ذهب البعض إلى أنه بمقتضى هذا القضاء ، فإن عبء إثبات الخطأ ، عاد من جديد ليلقى على عاتق المريض المضرور .

عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٦ ، ١٢٧ ، وهامش رقم (٢٢٩) .

Cass. Civ. B. Civ. I, no 72. G.P. 27 - 29 avril 1997, p. 27 .

وفى هذا الحكم أيضاً Benneau ، د. أشرف جابر – ص١٢٦ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٧ ، وهامش رقم (٢٣٠) .

هذا ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الأمر يتعلق ، فى هذا الحكم ، بعمل طبى مختلف عن ذاك الذى صدر بشأنه الحكم الصادر فى ١٩٩٧/١/٧ ، مما أدى إلى إختلاف الأحكام (١) .

فيما ذهب رأى ثالث ، إلى نقد حكم محكمة النقض الجديد ، داعياً إلى ضرورة توحيد الأحكام ، فى المجال الواحد ، حيث يرى أنه كان يتعين على المحكمة الأخذ بما قررته فى حكمها المؤرخ ١٩٩٧/١/٧ ، فالأمر فى الدعوى الأخيرة ، أيضاً ، لم يخرج عن كونه حادثة طبية . الضرر فيها منقطع الصلة بعمل العلاج ، الذى يقوم به الطبيب ، كما أنه ضرر جديد ، لا صلة له بحالة المريض السابقة على التدخل الجراحى (٢) .

غير أن الأمر لم ينته عند هذا القضاء ، فقد عادت محكمة النقض مرة أخرى ، لتظهر مرونة إزاء التحقق من الخطأ الطبى . وقد ظهر ذلك من خلال حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٢/٣ (٣) .

وتتعلق الدعوى موضوع الحكم المشار إليه ، بمريض أصيب بكسر فى الفك أثناء قيام طبيب الأسنان بخلع أحد ضروسه . وإذ قرر الحكم الإستئنافى بمسئوليته عن ذلك ، رغم ما أثبته تقرير الخبراء من أن الإصابة التى لحقت بالمريض ، تعد أمراً غير متوقع ، وتعتبر تقليدية إلى حد ما فى هذا المجال ، فقد طعن عليه بطريق النقض .

---

(١) راجع فى ذلك: عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٨ ، وهامش رقم (٢٣١) - F. J. Pansier et F. skornichis . la faute et l'accident en matiére de responsabilité médicale G.P. No sepéci. Droit de la santé, 23 - 24 octobre, 1998, p. 11

(٢) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٨ ، وهامش رقم (٢٣٢) G. Viney et P. Jourdain, L'indeminisation des accidents médicale précité, p. 181 .

(٣) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٢٩ ، وهامش رقم (٢٣٣) cass. civ. 3/2/1998. J.C.P. 1998-1-187, chromique G. Viney .

رفضت محكمة النقض الطعن المقدم من الطبيب ، وأيدت الحكم المطعون عليه فيما قرره من أن كسر فك المريض كان بفعل "Fait " طبيب الأسنان أثناء قيامه بعملية خلع الضرس ، وأنه بذلك يكون قد خرق الإلتزام العقدى الذى يربطه بالمريض ، على نحو يقيم مسئوليته ، وإستطردت قائلة ، أن محكمة الإستئناف ، والتى لم تضع على عاتق الطبيب إلتزامًا بتحقيق نتيجة ، تكون بقرارها هذا ، قد أصابت صحيح القانون .

وفى تعليقها على هذا الحكم ، تقول الأستاذة "Viney"(١) ، أن هذا الحكم « لم يبرز وجه الإهمال ، أو التقصير ، أو الرعونة ، فى جانب الطبيب ، لذلك يبدو لى أن الأكثر إحتمالاً ، أن القضاة ، ببساطة ، قد إستخلصوا الخطأ من جسامة النتيجة . والواقع أن هذا المنهج ، ليس بعيداً تماماً عن ذلك الذى إعتمدته - وإن كان بطريقة أكثر صراحة - محكمة «باريس» الكلية » فى حكمها الصادر فى ١٩٩٧/٥/٥ .

---

(١) عن د. حسن قاسم - السابق - ص١٢٩ ، وهامش رقم (٢٣٤) Chronique, précité .

المبحث الثانى

إعتبار إلتزام الجراح الناشئ عن إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية والجراحية إلتزاماً محدداً

١٤١ - أولاً : حسم الجدل القائم حول طبيعة هذا الإلتزام :

أدى التقدم العلمى فى الفنون الطبية ، إلى تدخل الآلة بشكل ملحوظ فى العلاج ، فشاع إستخدام الأجهزة والأدوات فى العلاج . غير أن المريض قد يصاب إصابات قد تكون بليغة ، تظل أسبابها أحياناً غير معروفة . وهى أخطار وحوادث تقع خارج نطاق إلتزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة منه فى أداء عمله . فما هو مدى الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب ، فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن تلك الحوادث .

ذهب فريق من الفقهاء ، إلى إخضاع مسئولية الطبيب عن الإصابات التى تحدثها أجهزته وأدواته الطبية بمرضاه ، لذات القواعد التى تخضع لها مسئوليته عن الأعمال الطبية بمعناها الفنى الدقيق . ورتبوا على ذلك إلقاء عبء إثبات خطأ الطبيب ، وعلاقة السببية بين هذا الخطأ ، والضرر الحادث ، على عاتق المريض .

وقد أسسوا هذا الرأى ، على الحرية الواسعة التى يتعين الإعتراف بها للطبيب ، تمكيناً له من أداء مهمته ، فى طمأنينة وثقة ، ودونما خشية من مغبة مسئولية تلاحقه ، حتى وإن لم يقع منه ثمة خطأ .

وفى رأيهم ، أنه يمكن الإستناد أيضاً إلى إستحالة الفصل فى الأعمال الطبية ، بين فعل الإنسان ، وفعل الشئ ، نظراً لإستغراق عمل الطبيب « فعل جهازه » .

وأخيراً ، فهم يرون أنه يمكن الإستناد على التعارض الجوهرى بين الأوضاع الناشئة عن الإلتزامات المحددة ، وتلك المترتبة على

الإلتزام باليقظة والإنتباه ، نظراً لفكرة الإحتمال ، اللصيقة بالأعمال الطبية ، والتى تتنافر مع إلزام الطبيب ، ولو كان يستعمل أجهزة ، أو أدوات فى مهمته ، إلا بإلتزام عام باليقظة ، والإنتباه .

ويستبعد طبقًا لهذا ، تطبيق المادة ١٣٨٤/١ ، المقابلة للمادة ١٧٨ من القانون المدنى المصرى على الطبيب فى إستعماله لتلك الأجهزة والأدوات ، ليس فقط فى نطاق العقد الطبى - حيث يعتبر إستبعادها نتيجة لإخراج المسئولية التقصيرية من نطاق العقود - بل كذلك حين لا تقوم علاقة عقدية بين الطبيب ، وبين مريضه.

على أن القضاء الفرنسى يؤسس إستبعاد المادة ١٣٨٤/١ على مذهبه فى عدم جواز الخيرة . ولهذا يأخذ الطبيب بقرينة المسئولية الواردة بها ، متى كانت دعوى التعويض لا تؤسس على المسئولية العقدية (١) .

غير أن القضاء الفقه الحديث يسلم بأن الطبيب يتعهد ، فضلاً عن بذل العناية ، وفقاً للأصول العلمية ، بإلتزام محدد بسلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذى لجأ إليه من أجله ، وعلى غير صلة به ، ومحل إلتزامه هذا تحقيق نتيجة . وينطبق هذا بوجه خاص على الأضرار التى تلحق المريض من الأدوات أو الأجهزة الطبية ، والتى تنقطع صلتها بالأعمال الطبية ، التى يظل محل الإلتزام بتأديتها بذل عناية (٢) .

---

(١) د. جمال الدين زكى - ص٣٨٣ ، وفى نفس المعنى د. محمد على عمران - ص٧٤ وما بعدها ، ونقض فرنسى ، فى ٣٠ أكتوبر ١٩٦٢ - دالوز ١٩٦٢ - قضاء ٥٧ ، وتعليق «أسمان» . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٧٨ ، ٧٩ ، وهامش رقم (١).

(٢) محكمة «السين» ، فى ٣ مارس ١٩٦٥ - مجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٦ - ١٤٥٨٢ ، وتعليق «سافاتييه» ، وتعليق على نقض فرنسى فى أول أبريل ١٩٦٨ - دالوز ١٩٦٨ - قضاء ص٦٥٢ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٧٩ ، وهامش رقم(٢).

١٤٢ - ثانياً : طبيعة الأضرار الناشئة عن الإخلال بهذا الإلتزام:

والأضرار المقصود فى هذا الشأن ، هى تلك التى تنشأ نتيجة وجود عيب ، أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة ، إذ يقع إلتزام على الطبيب ، مقتضاه إستخدام الآلات السليمة ، والتى لا ينتج عنها الضرر للمريض وهذا الإلتزام هو إلتزام بنتيجة ، فلا يعفى الطبيب من المسئولية ، حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ، ويصعب كشفه ، إلا انه يستطيع التخلص من المسئولية – طبقاً للقواعد العامة – بإقامة الدليل على أن الأضرار التى وقعت ترجع إلى سبب أجنبى ، لا يد له فيه (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضى بمسئولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة ، نتيجة إنفجار حدث ، نشأ عن تسرب الغاز من جهاز التخدير ، وإشتعاله بشرارة خرجت منه (٢) .

كما قضى بمسئولية الطبيب عن إصابة المريض بحروق ، نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائى أثناء علاجه ، رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب (٣) .

وتمتد مسئولية الطبيب ، لتشمل الأضرار التى تصيب المريض ، نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص ، بسبب هبوطها المفاجئ ، أو عند صعوده ، أو نزوله من عليها (٤) .

---

(١) د. وفاء حلمى – السابق – ص٧٩ ، ٨٠ .

(٢) محكمة «السين» الإبتدائية ، فى ٣ مارس ١٩٦٥ – مجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٦ – ٢٢ – ١٤٥٨٢ ، وتعليق «ساڤاتييه» . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٠ ، وهامش رقم (١) .

(٣) محكمة «مارسيليا» الإبتدائية ، فى ٣ مارس ١٩٥٩ – الأسبوع القانونى ١٩٥٩ – ٢ – ١١١٨ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٤) محكمة إستئناف «باريس» ، فى ٢٢ ديسمبر ١٩٥٣ – دالوز ١٩٥٤ – قضاء ص١٧٥ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٠ ، وهامش رقم (٤) .

ويلاحظ أن كل الأضرار السابقة، تعتبر منقطعة الصلة بالمريض نفسه ، وتستقل عن العمل الطبى فى معناه الدقيق ، وما ينطوى عليه من طبيعة فنية ، ولذا ، فإن محل الإلتزام بصددها ، هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، هى سلامة المريض .

أما إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطبية البحتة ، بما تنطوى عليه من خصائص فنية وعلمية ، فالأصل أن محل إلتزام الطبيب بشأنها ، يكون إلتزاماً ببذل عناية ، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا ثبت تقصيره [1].

١٤٢ - ثالثا : إتجاه القضاء نحو مد نطاق الإلتزام بالسلامة إلى الأضرار التى تترتب على تنفيذ العمل الطبى ذاته :

إذا كان الإلتزام بسلامة المريض يتعلق بالأضرار منبتة الصلة بالعمل الطبى فى ذاته ، وما ينطوى عليه من طبيعة فنية ، فإن محاكم الموضوع قد خرجت عن هذا المبدأ العام ، ومدت نطاق الإلتزام بالسلامة إلى الإصابات التى تحدث أثناء إستعمال الأجهزة والأدوات ، تنفيذاً للعمل الطبى ذاته . وذلك على الرغم من تأكيدها فى أسباب أحكامها ، بأن محل الإلتزام بأدائه مجرد بذل عناية ، متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج ، وذات جسامة إستثنائية لم يتوقعها المريض منه ، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض بعد إنتهاء فترة وجوده عنده « سليماً معافى » من كل ضرر ، غير ذلك الذى يحتمل حدوثه نتيجة تدخله ، أو فشل العلاج ، أو تطور العملية الجراحية .

وعلى ذلك ، لا يعفى الطبيب من المسئولية ، حال الإصابة ، إلا إذا أثبت خطأ المريض ، أو القوة القاهرة ، أو الحادث الفجائى [2] .

---

(١) د. وفاء حلمى – السابق – ص٨١ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى – ص٢٨٩ ، ومحكمة إستئناف «روان» فى ٤ يوليو سنة ١٩٦٦ – الأسبوع القانونى ١٩٦٧ – ٢ – ٧٢ ، ١٥ وتعليق «سافاتييه» ، وتعليقات «تانك» – عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨١ وهامش رقم (١) ، (٢).

وإنطلاقًا من هذه المبادئ ، فقد قضى بمسئولية طبيب الأسنان عن تمزيق لسان المريض ، وأغشية فمه ، بسبب عدم سيطرته على جهاز العلاج أثناء إستعماله ، لأن هذه الإصابات ، ولو كانت ترجع إلى الأعمال الطبية فى ذاتها ، إلا انها نظراً لجسامتها ، تخرج عن نطاق حوادث العلاج ، ويلتزم الطبيب إزائها بسلامة مريضه (١) .

١٤٤ - رابعًا : تأييد الفقه لإتجاه القضاء نحو تمديد نطاق الإلتزام بالسلامة إلى حالة الأضرار التى تترتب على تنفيذ العمل الطبى ذاته :

ويرى جانب كبير من الفقه (٢) أن إتجاه القضاء السابق يتفق والقواعد العامة فى المسئولية العقدية عن الأشياء التى يستخدمها المدين فى تنفيذ إلتزامه ، ومن ثم فقد إتجهوا إلى تأييده ، فالمدين فى الإلتزام التعاقدى يسأل عن الأشياء التى يستخدمها فى تنفيذه ، سواء اكان إلتزامه محدداً ، او كان إلتزامًا عامًا باليقظة والإنتباه .

هذا بالإضافة إلى الإعتبارات العملية والإنسانية التى تقوم على توفير الحماية للمريض ، وتجنيبه الدخول فى صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب ، وبصفة خاصة أمام التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة .

ويضيف البعض إلى ذلك ، أن القضاء الفرنسى قد أجاز تطبيق المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى (المقابلة للمادة ١٧٨ من القانون المدنى المصرى) والمتعلقة بحراسة الأشياء غير الحية فى

---

(١) محكمة «مو» الإبتدائية ، فى ١٣ ديسمبر ١٩٦١ - جازيت دى باليه ١٩٦ - ٤٤٢ - عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٢ وهامش رقم (١) .

(٢) تعليقات «تانك» ، و«إسمان» - دالوز ١٩٦٣ - ٥٧ . وفى هذا المعنى د. جمال زكى - ص٣٩٩ عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٢ وهامش رقم (٢) .

الحالات التى لا يقوم فيها العقد الطبى ، وقضى بالتعويض لأقرباء المضرور بصفتهم الشخصية (١) .

ويرتبون على ذلك ، أنه مما يتنافى مع العدل أن يسمح لغير المريض بالتمسك على الطبيب بقرينة المسئولية عن الأشياء غير الحية ، ليحصل على تعويض عن الضرر الذى يلحقه من أجهزته ويفرضون على المريض الذى يصاب بضرر مستقل عن الأعمال الطبية من هذه الأجهزة ذاتها ، أن يقيم الدليل على خطأ الطبيب ليحصل على تعويض عنه .

« فالمريض يعهد بنفسه إلى الطبيب ، فطبيعى أن يلتزم هذا الأخير، ليس بشفائه من مرضه ، بل بألا يثبت فيه ، بعلاجه ، مرضاً أو أذى آخر » (٢) .

---

(١) نقض مدنى فرنسى ، فى أول أبريل ١٩٦٨ – دالوز – ٦٥٣ ، ومجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٨ – ٢ – ١٥٥٤٧ ، وتعليق «رابو» – عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٢ ، ٨٣ وهامش رقم (١) .

(٢) كابيتان– الأحكام الكبيرة للقضاء المدنى – الطبعة الثانية – فقرة ٢٩٤ ، مشار إليه فى تعليق «رابو» – عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٣ وهامش رقم (٢) .

المبحث الثالث

إعتبار البعض الإلتزام الناشئ
عن عمليات نزع الأعضاء إلتزامًا بنتيجة

١٤٥ - أولاً : تأسيس البعض مناداته بإعتبار الإلتزام الناشئ عن نزع الأعضاء إلتزامًا محدداً على فتوى فضيلة مفتى الديار المصرية:

يستند هذا الفقه (١) ، فى إعتباره الإلتزام الناشئ عن عمليات نزع الأعضاء ، إلتزامًا بتحقيق نتيجة ، على الفتوى الصادرة من مفتى جمهورية مصر العربية ، فى سنة ١٩٨٩ . وقد جاء فى هذه الفتوى ما يلى :

« أنه لكى يصبح التبرع شرعيًا ، لابد أن يقرر الأطباء المختصون، أن هذا التبرع لا يترتب عليه أى ضرر للشخص المتبرع ، إن كان حياً ، ويكون فيه إنقاذ لحياة المريض ، ولا يتم إلا فى حالة الضرورة القصوى » (٢) .

١٤٦ - ثانيًا : المبررات التى يستند إليها الفقه المنادى بإعتبار الإلتزام الناشئ عن عمليات نزع الأعضاء إلتزامًا محدداً :

يستند الفقه المنادى بإعتبار الإلتزام الناشئ عن عمليات نزع الأعضاء من الشخص المتبرع ، إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، على المبررات الآتية :

١- أن العلوم الطبية قد تطورت تطوراً عظيماً ، وأصبحت توجد

---

(١) راجع د. محسن البيه - السابق - بند ١٣١ - ص٢٣٢ .

(٢) مشار إليها فى ملخص جريدة الأنباء الكويتية ، الصادرة فى ١٩٨٩/٣/٢٩ ، ص٢٨ . راجع د. محسن البيه - السابق - بند ١٣١ - ص٢٣٢ ، وهامش رقم (١).

وسائل وأدوات حديثة ، تيسر عمل الطبيب الجراح ، وتجعله متأكداً من نتائج عمله مسبقاً ، بحيث يكاد يتلاشى عنصر الإحتمال فى هذا المجال .

٢- إن عملية نزع عضو من إنسان صحيح جسمياً ، لابد وأن يسبقها العديد من الفحوص الطبية الفنية الدقيقة ، إذ ليس من العدالة، أو المنطق ، التضحية بصحة إنسان غير مريض ، من أجل إحتمال توفير هذه الصحة لإنسان آخر .

ولعله لهذا السبب ، نصت المادة الثالثة من قانون زراعة الأعضاء الكويتى [١] ، على أنه : « لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حى ، ولو كان ذلك بموافقته ، إذا كان إستئصال هذا العضو يفضى إلى موت صاحبه ، أو فيه تعطيل له عن واجب » .

كما ورد بفتوى وزارة الأوقاف ، والشئون الإسلامية بالكويت ، رقم ٧٩/١٣٢ ، بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٣١ [٢] ، ما يلى : « أما إذا كان المنقول منه حياً ، فإذا كان الجزء المنقول منه يفضى إلى موته ، كان حراماً مطلقاً ، سواء اذن ، أو لم يأذن . وإن لم يكن الجزء المنقول منه مفضياً إلى موته ، ولكن فيه تعطيل له عن واجب ، أو فيه إعانة المنقول إليه على محرم ، كان حراماً ، أذن أو لم يأذن ... » .

٣- إن الإنسان الحى ، الذى يتبرع بعضو من أعضائه - حيث إن الراجح عدم مشروعية التصرف فى العضو بمقابل - يكفيه ضرراً

---

(١) المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ ، فى شأن زراعة الأعضاء ، الكويت اليوم - العدد ١٧٥١ - السنة ٣٤ - راجع د. محسن البيه - السابق - بند ١٣١ - ص٢٣٢، وهامش رقم (١) .

(٢) مشار إلى هذه الفتوى فى المذكرة الإيضاحية لمشروع المرسوم بقانون ، فى شأن زراعة الأعضاء ، الكويت اليوم - العدد ١٧٥١ - السنة ٣٤ - عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٣١ - ص٢٣٢ ، وهامش رقم (٢) .

ما سـوف يفقـد من عضـو ، كان يؤدى لـه وظائف حيـوية بنجاح ، فـلا أقل من أن يضمن له الجراح سلامـة الأعضاء الباقية ، وسلامـة صحته العامة ، من أية إنعكاسات ضارة ، بسـبب نزع هذا العضـو ، ويتـقرر هذا الإلتزام بالنسبة لعملية نزع العضـو ذاتها ، والفترة اللاحقة عليها أيضاً

ولذلك ، إذا وقع لهـذا المتبـرع ضـرر ، أثـناء ، أو بعـد نزع العـضـو منه، يفـتـرض خطأ الـطبيب الجـراح ، ولا يتـحـمل هـذا المضـرور عبء إثبات خطأ الجراح ، وإنما يكون على هذا الأخـير ، إن أراد التخلص من المسـئولية ، إثبات السـبب الأجنبى ، الذى لا يد له فـيه ، وأن الضـرر يرجع إليه (١) .

١٤٧ - ثالثا : رأينا الخاص :

فى الحقيقة ، أنه مع تقديرنا لرأى الأستـاذ الدكتور محسن البيه ، فإنه تعن لنا عليه ملاحظتان ، نوردهما فيما يلى :

١- أنه بالنسـبة لتطور العلوم الطـبـية ، ووجـود وسـائل وأدوات حـديثة تيسر عـمل الطـبيب الجـراح ، وتجـعله متـأكـداً من نتائج عـمله مسبـقاً ، بحيث يكاد يتلاشى عنصـر الإحتمال ، فهـذا إن كان يتعلق ، فهو يتعلق بعملية فـحص العـضو المطلوب نزعه من الشـخص المتبرع، والتأكـد من سلامته ، وصـلاحيتـه للنقل إلى المريض المحتاج إليـه . أما عـملـية النزع فى حـد ذاتهـا ، فـهى عـملية تخـضـع - كـغـيـرهـا من العمليـات - لظروف وعوامل كثـيرة ، بحيث لا يسـتبعـد فيهـا عنصـر الإحتمال .

٢- وبالنسبة للإستناد لفتوى وزارة الأوقـاف والشئون الإسـلامية بالكويت ، والمتـعلقة بعـدم جـواز نقل العـضـو ، إذا كـان إسـتـئـصـاله

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ١٣١ - ص٢٣٢ .

يفضى إلى موت صاحبه ، أو فيه تعطيل له عن واجب ، فهذا إن كان يتعلق ، فهو يتعلق بإمكانية نزع العضو ، مع عدم إفضاء النزع إلى موت المتبرع ، أو تعطيله عن واجب . فإن كان النزع مؤدياً إلى شيء من ذلك ، وجب على الجراح أن يمتنع عن إجرائه . وواضح أنه يتعلق بفحص للمتبرع قبل نزع العضو ، ولكنه لا يتعلق بعملية النزع فى حد ذاتها ، والتى تخضع – كغيرها من الجراحات – لظروف وعوامل كثيرة ، مما لا يمكن معه إستبعاد عنصر الإحتمال ، عند إجرائها .

الفصل الثالث

الخطأ الطبى بوجه عام

١٤٨ - تمهيد وتقسيم :

يعرف الفقيهان « مازو » الخطأ – عقدياً كان أم تقصيرياً – بأنه «تقصير فى مسلك الإنسان ، لا يقع من شخص يقظ ، وجد فى نفس الظروف الخارجية ، التى أحاطت بالمسئول » [١] .

وطبقاً لهذا التعريف ، يكون الخطأ الطبى هو « تقصير فى مسلك الطبيب ، لا يقع من طبيب يقظ ، وجد فى نفس الظروف الخارجية ، التى أحاطت بالطبيب المسئول » [٢] .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن يكون تقسيم هذا الفصل ، جارياً على النحو التالى :

- الفرع الأول : الخطأ المدنى والخطأ الجنائى .
- الفرع الثانى : الخطأ الطبى العمدى وغير العمدى .
- الفرع الثالث : تقدير الخطأ الطبى .
- الفرع الثالث : معيار الخطأ الطبى .

---

(١) مازو وتانك : المسئولية – الطبعة السادسة – الجزء الأول – بند ٦٦٩ – ص٦١٢ ، وما بعدها .

(٢) راجع رسالة Genviéve Duflo ، ص٧٨ ، عن د. وديع فرج – السابق – ص٣٩٧ ، وهامش رقم (١) .

الفرع الأول
الخطأ المدنى والخطأ الجنائى

١٤٩ - أولاً : الخطأ المدنى :

الخطأ المدنى يفوق الخطأ المدنى يفوق فى أهميته الخطأ الجنائى :

يعرف الخطأ الجنائى ، بأنه مخالفة واجب قانونى ، تكفله قوانين العقوبات بنص خاص ، ويعرف الخطأ المدنى ، بأنه إخلال بأى واجب قانونى ، ولو لم يكن مما تكفله قوانين العقوبات .

ويبين من ذلك ، أن الخطأ المدنى أهم من الخطأ الجنائى ، وأن الفعل الذى يكون خطأ جنائيًا ، يعد فى الوقت ذاته خطأ مدنيًا ، وأن العكس غير صحيح ، إذ يمكن تصور وقوع خطأ مدنى ، دون أن يعد الفعل المكون له خطأ جنائياً ، إذا لم يكن فيه مخالفة لنصوص قانون العقوبات .

وتظهر أهمية التمييز بين الخطأ الجنائى ، والخطأ المدنى ، فى حجية الحكم الجنائى ، أمام المحكمة المدنية (١) .

فإذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم ، كان حكمها مثبتًا وقوع خطأ جنائى منه ، ولأن الخطأ الجنائى مخالفة لنص من نصوص قوانين العقوبات ، ولأن هذه النصوص تتضمن أوامر ، ونواه ، تفرض على الناس واجبات ، ولأن الإخلال بهذه الواجبات ، يكون خطأ مدنياً ، فإن الخطأ الجنائى ، متى ثبت بحكم الإدانة ، يستتبع إعتبار الخطأ المدنى ثابتاً أيضاً .

أما إذا برأت المحكمة المتهم ، لعدم إرتكابه ما يعتبر خطأ جنائياً ،

---

(١) وسيأتى تفصيل ذلك ، فى الفصل السادس من هذا الكتاب .

يقع تحت طائلة نصوص قانون العقوبات ، فإن ذلك لا ينفى أن يكون ما وقع منه ، كافيًا لإعتباره خطأ مدنياً ، لما تقدم من أن الواجبات التى يعد الإخلال بها خطأ مدنياً ، أكثر وأهم ، من تلك التى يعد الإخلال بها جريمة جنائية .

وقد نصت المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، على أن لا يكون للحكم بالبراءة ، إذا إنبنى على أن الفعل ، المرفوعة به الدعوى العمومية لا يعاقب عليه القانون ، حجية الشئ المحكوم به ، أمام المحاكم المدنية ، فى الدعاوى التى لم يفصل فيها نهائياً ، فيما يتعلق بذلك الفعل . ومؤدى ذلك ، أن نفى الخطأ الجنائى ، لا يستتبع حتماً ، نفى الخطأ المدنى (١) .

١٤٩م - ثانيًا : الفارق بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى :

يتساءل البعض عن الفارق بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى . ويرى الدكتور جلال ثروت ، أن الفارق بينهما ينحصر فقط فى النطاق والإثبات والآثار ، لا فى الطبيعة الداخلية لكل منهما .

فطبيعة الخطأ الداخلية ، لا يمكن أن تكون إلا واحدة ، إذ لا يعقل أن تكون للخطأ الجنائى طبيعة نفسية ، وللخطأ المدنى طبيعة مادية أو موضوعية ، وإنما الفارق بينهما ينحصر فى النطاق والإثبات ، والآثار.

فمن حيث النطاق ، هناك تدرج فى الخطأ المدنى ، من الخطأ الطفيف جداً ، حتى الخطأ الجسيم (٢)، ومن حيث الاثبات ، هناك

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – بند ٤٠٦ – ص٥٣١ ، ٥٣٢ .

(٢) يلاحظ أن هذه التفرقة مستمدة من القانون الرومانى . راجع فى ذلك : د. جلال ثروت : نظم القسم الخاص – الجزء الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص – نظام القتل والإيذاء – ١٩٧١ – بند ١٩٩ – ص ٢٨٥ .

الخطأ المفترض ، والخطأ الذى يقع عبء إثباته على الدائن ، والخطأ الذى ينتفى بإثبات المدين ، أما من حيث الآثار ، فالخطأ المدنى (إذا اكتملت سائر عناصر المسئولية) يؤدى إلى اقتضاء تعويض ، بينما الجنائى يؤدى إلى توقيع عقوبة ، أو تدبير احترازى.

ويستطرد ، فيقول :

على أننا عندما نقرر اتحاد الخطأ الجنائى مع الخطأ المدنى ، من حيث الطبيعة النفسانية كل منهما ، فإننا يجب أن نضع كل منهما – مع ذلك – فى إطار المسئولية القانونية التى تحكم نطاقه ، وتحدد خصائصه ، وترتب أثاره . فالمسئولية المدنية تختلف عن المسئولية الجنائية ، من حيث العناصر التى تأتلف منها ، ومن حيث المبادئ التى تحكم النظام القانونى لكل منهما . فالقانون المدنى يقبل فكرة افتراض الخطأ ، وانتقال عبء الاثبات ، ومسئولية الشخص عن خطأ الغير ، وأحياناً مسئولية الشخص بغير خطأ . وهذه الفكرة تتعارض مع الأسس التى تقوم عليها المسئولية الجنائية . فمبدأ البراءة حتى تثبت الإدانة ، ومبدأ شخصية العقوبة ، ومبدأ إثبات الخطأ ، كلها مبادئ لا يمكن حذفها ، من نطاق المسئولية الجنائية [1] .

---

(١) د. جلال ثروت – السابق – بند ٢٠٠ – ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

الفرع الثانى

الخطأ الطبى العمدى وغير العمدى

١٥٠ - أولاً : أهمية التفرقة بين الخطأ الطبى العمدى وغير العمدى :

كانت النظرية التقليدية فى ترتيب مصادر الإلتزام تفرق ما بين الجريمة délit ، وشبه الجريمة quasi - dèlit ، وبالتالى بين الخطأ العمدى وخطأ الإهمال ، إلا أن القانون الفرنسى قد سوى فى الأحكام، ما بين الجرائم وأشباه الجرائم ، حيث رتب عليها جميعًا إيجاب التعويض الكامل ، عن كل ما ينشأ عنها من ضرر .

وقد حدا ذلك ببعض الشراح إلى القول بأن هذه التفرقة صارت – بعد أن لم يرتب عليها المشرع أثراً – عديمة الفائدة ، ولا محل للإبقاء عليها .

غير أن الواقع، أنه لا تزال لهذه التفرقة بعض نتائج عملية لا يستهان بها[١]، منها :

١– أن القوانين الخاصة بإصابات العمل ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، تفرق فى الإصابات التى تحدث للعامل بخطئه ، بين ما يقع منها بعمد ، وما يقع دون عمد . وتبقى للعامل حقه فى التعويض فى الحالة الأخيرة ، دون الأولى .

٢– أن القانون الفرنسى الخاص بإصابات العمل ، يفرق بين حدوث إصابة العامل بخطأ عمدى من رب العمل ، وحدوثها بغير ذلك،

---

(١) انظر «جوسران» – جـ٢ نبذة ٤٠٩ ، مازو – نبذة ٣٩٧ . عن د. سليمان مرقس – السابق – بند ٤٠٠ – ص٥٢٤ .

ويخول العامل فى الحالة الأولى ، دون الثانية ، المطالبة بتعويض وفقاً للقواعد العامة ، عن الأضرار التى لا يكفى لجبرها التعويض الذى يقضى به قانون إصابات العمل (المادة ٦٧ فقرة أولى) .

٣- أن القانون يفرق فيما يتعلق بجواز التأمين من المسئولية ، بين المسئولية عن خطأ العمد ، والمسئولية عن خطأ الإهمال ، فيجيز التأمين من الأخيرة دون الأولى (المادة ٦٧٨ مدنى مصرى والمادة ١٢ من قانون ١٣ يوليو ١٩٣٥ الخاص بعقد التأمين فى فرنسا) .

٤- أن القضاء يجرى على تقدير التعويض فى حالات الخطأ العمدى بأكثر مما يقدره فى حالات خطأ الإهمال ، ولو أن القانون لا ينص على هذه المغايرة فى التقدير ، ذلك أن القاضى يميل دائمًا إلى محاربة روح الشر وإلى التشديد على من يلمس فيه قصد الإضرار بالغير ، تشديداً لا يلجأ إليه بالنسبة إلى من لم يرتكب سوى الإهمال[١] .

٥- أن بعض الفقه يرى ، فيما يتعلق بجواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، إجازة الخيرة فى حالة خطأ العمد، دون حالات خطأ الإهمال .

٦- أنه بعض الفقه يرى أن إساءة إستعمال الحق لا تكون إلا فى حالة إستعمال الحق بقصد الإضرار .

٧- أنه إذا كان لا ضرر نتيجة إشتراك خطأ الفاعل وخطأ المضرور، فإذا كان أحد الخطأين عمداً ، والآخر غير عمدى ، فإن العمد يجب غير العمد ، وتقع المسئولية كلها على عاتق مرتكب الخطأ العمدى [٢] .

---

(١) فى هذا المعنى «مازو» – نبذة ٣٩٨ . عن د. سليمان مرقس – السابق – بند ٤٠٠ ـ- ص٥٢٥ .

(٢) مازو – نبذة ١٤٨١ إلى ١٤٨٤ . عن د. سليمان مرقس – السابق – بند ٤٠٠ – ص٥٢٥.

لذلك كله ينبغى تعريف الخطأ العمدى ، لتمييزه من غير العمدى. وهو ما ننتقل إليه الآن .

١٥١ - ثانيًا : تعريف الخطأ العمدى ومعياره :

الخطأ العمدى ، هو الإخلال بواجب قانونى مقترن بقصد الإضرار بالغير ، فلابد فيه من فعل أو إمتناع يعد خطأ أى إخلالاً بواجب قانونى ، ولابد من أن يكون ذلك الخطأ مصحوبًا بقصد الإضرار بالغير ، أى بإتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ، ولا يكفى إتجاهها إلى إرتكاب الفعل فى ذاته ، إذا لم تتجه إلى إحداث نتائجه الضارة (١) .

ويعتبر الخطأ عمداً بمجرد إتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ، ولو لم يكن هذا الإتجاه هو الغرض الوحيد أو الغرض الرئيسى من إرتكاب الفعل الضار ، مادام هو قد كان من بين الأغراض الدافعة إلى إرتكابه .

ويرى أكثر الفقهاء أنه مادام الخطأ العمدى قوامه قصد الإضرار بالغير ، فإن القاضى يتعين عليه أن يبحث فى نفس الفاعل عن توافر هذا القصد أو عدمه ، أو بعبارة أخرى أن يكون تقدير الخطأ تقديراً شخصياً وواقعياً (٢) ، لا تقديراً موضوعياً مجرداً .

ويرى البعض أن الخطأ العمدى يقاس بالمعيار الموضوعى ، كما يقاس خطأ الإهمال(٣) . والواقع أن الخطأ العمدى يقاس بكلا المقياسين الشخصى والموضوعى ، ذلك أنه يتكون من عنصرين أحدهما مادى وهو الإخلال بالواجب ، والآخر نفسى ، وهو قصد

---

(١) د. سليمان مرقس - بند ٤٠١ - ص٥٢٥ ويشير إلى دروسه لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٤٥ - نبذة ١٣٠ وما بعدها . راجع هامش رقم (٣) .

(٢) مازو - نبذة ٤٠٩ . عند. سليمان مرقس - السابق - بند ٤٠١ - ص٥٢٦ .

(٣) السنهورى فى الوسيط - جـ١ - ص٧٨٥ هامش ١ . عن د. سليمان مرقس - بند ٤٠١ - ص٥٢٦ .

الإضرار ، والأول يقتضي تعيين مدى الواجب القانوني الذى حصل الإخلال به وفقًا للمعيار الموضوعي كما تقدم ، والثانى لا يكون تقديره إلا تقديراً شخصياً .

فالقائلون بأن الخطأ العمدى يقاس بالمعيار الشخصي نظروا فى هذا الخطأ إلى قصد الإضرار ، والقائلون بقياسه بالمعيار الموضوعى نظروا إلى أن توافر قصد الإضرار لا يكفى لإعتبار الفعل الضار خطأ، وإلى أنه لابد من أن يكون هذا الفعل إخلالاً بواجب ، ولابد بالتالى من الإلتجاء فى تعيين الواجب إلى المقياس الموضوعى أو المجرد .

غير أن البحث فى دخيلة نفس الفاعل ليس بالأمر الهين ، ولا يملك القاضى إلا أن يعول فيه على بعض المظاهر الخارجية التى يستدل بها على النية . ولكن الغالب فى هذه المظاهر أن لا تكون قاطعة الدلالة فى إثبات نية الإضرار ، بل تحتمل أيضًا الدلالة على وقوع إهمال جسيم لا أثر فيه للعمد . لذلك جرى الفقه والقضاء على إلحاق الإهمال الجسيم بالخطأ العمدى ، ما لم يثبت المدعى عليه إنتفاء قصد الإضرار عنده .

١٥٢ - ثالثا : تعريف خطأ الإهمال ومعياره :

خطأ الإهمال ، هو الإخلال بواجب قانونى سابق ، مقترن بإدراك المخل هذا الإخلال ، دون قصد الإضرار بالغير ، فهو أيضاً يتكون من عنصرين : أحدهما نفسى ، وهو التمييز أو الإدراك ، والثانى مادى ، وهو الإخلال بواجب .

وبالنسبة لعنصر الإخلال بواجب قانونى ، فإنه يقتضى تعيين مدى الواجب القانونى الذى كان يقع على عاتق الفاعل ، فى الظروف التى إرتكب فيها الفعل الضار . وهذا يتعين بالإلتجاء إلى المعيار الموضوعى ، أى بالنظر إلى مسلك الرجل العادى ، فى مثل الظروف الظاهرة التى وقع فيها الفعل الضار ، إذا لم يكن معيناً بنص فى القانون. ومتى تعينت واجباته ، سواء أكان تعيينها بنص القانون، أم

وفقًا لهذا المعيار ، كان من السهل وصف مسلكه بالخطأ ، أو بعدمه ، بحسب ما إذا كان فى هذا المسلك إخلال بواجباته ، أو عدمه [1] .

١٥٣ - رابعًا : صور الخطأ الطبى العمدى :

تتنوع صور الخطأ الطبى العمدى ، على ندرة وقوعها . ومن هذه الصور قتل المرضى الميؤس من شفائهم ، وإجراء التجارب الطبية على المرضى بغير قصد العلاج ، وممارسة عمليات التعقيم ، بدون ضرورة طبية ، وإحداث إصابة بقصد العمل على إعفاء المجنى عليه من الخدمة العسكرية . فضلاً عن إسقاط الحوامل وغير ذلك من الصور .

---

(١) د. سليمان مرقس - السابق - بند ٤٠٢ - ص٥٢٧ .

الفرع الثالث
تقدير الخطأ الطبى

١٥٤ - تمهيد وتقسيم :

المقصود بتقدير الخطأ الطبى ، هو إثبات توافره ، حيث تتحقق بذلك مسئولية الطبيب ، أو إنتفائه ، بمعنى عدم ثبوته ، فلا يكون لمسئوليته ثمة محل .

هذا ، وقد إستحوذ تقدير الخطأ الموجب للمسئولية بصفة عامة ، والخطأ الطبى الموجب للمسئولية بصفة خاصة على إهتمام القضاء والفقه ، ومن ثم فقد ذهبوا فى ذلك مذاهب شتى ، فقالوا بنظرية الخطأ الجسيم ، على إعتبار أنه الخطأ الموجب لمسئولية الطبيب ، دون ما سواه من الخطأ اليسير . كما إتجهت المحاكم إلى الإعتداد بما سمى بالخطأ الواضح الثابت ، أو الخطأ المحقق أو المتميز .

على أن الأفكار المشار إليها – والذاهبة إلى تحديد طبيعة الخطأ الطبى – لم تقف عند هذا الحد ، بل سرعان ما بدأت تطل برأسها فكرة جديدة ، حوتها بعض أحكام المحاكم . ولم يكن الغرض من هذه الفكرة – هذه المرة – سوى توفير الحماية للمرضى ، بالتيسير عليهم ، وإعفائهم من تحمل عبء الإثبات . وكانت هذه هى فكرة الخطأ المقدر ، أو الخطأ الإحتمالى .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نعرض لكل من هذه النظريات ، والأفكار، من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

- المبحث الأول : نظرية الخطأ الفنى الجسيم .
- المبحث الثانى : فكرة الخطأ الواضح الثابت .
- المبحث الثالث : فكرة الخطأ الإحتمالى .

المبحث الأول
نظرية الخطأ الفنى الجسيم

١٥٥ - أولاً : التفرقة بين الخطأ العادى والفنى والأخذ بنظرية الخطأ الفنى الجسيم :

تميز غالبية الفقه المعاصر ، ومنذ الفقيه « ديمولومب » ، بين نوعين من الأعمال التى يمارسها الأطباء : أعمال مادية ، وأخرى فنية. وكانت محاولة «ديمولومب» ، هى التوفيق بين إتجاهين سابقين - فى صدد مسئولية الطبيب - كانا على طرفى نقيض : إتجاه يمثله الرومان ، وكانوا لا يخصون الطبيب بوضع متميز . ويرون أنه يكون مسئولاً عن كل خطأ يقع منه فى علاج المريض . ثم تلا ذلك مرحلة كان فيها شراح القانون الفرنسى القديم يرون أن الطبيب يجب الا يسأل ، إلا إذا كان سئ النية . ولكن المحاكم إختلفت ، فقضى بعضها بمسئولية الطبيب ، فى جميع الأحوال ، وحكم البعض الآخر بعدم مسئوليته أصلاً . وإنقسم فى شأن ذلك شراح القانون الفرنسى الحديث ، فأيد بعضهم الرأى القائل بعدم المسئولية ، وعارضه فريق آخر ، وتوسط بينهم فريق ثالث ، قال بالتفرقة بين ما يقع من الطبيب من أخطاء عادية ، وهى التى يحاسب عليها أى رجل عادى ، وبين ما يرتكبه من أخطاء فنية ، وقصروا بادئ الأمر مسئولية الطبيب على أخطائه العادية ، دون الأخطاء الفنية ، ثم عادوا فقرروا مسئوليته عن الأخطاء الفنية أيضاً ، بشرط أن يكون الخطأ الفنى جسيماً .

وكانت حجة القائلين بعدم المسئولية أصلاً ، أنه يشترط أن يكون الفعل الذى تترتب عليه المسئولية ممكناً تقديره على وجه التحقيق ، وقابلا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك ، وهذا ما لا يمكن توافره فى الأعمال العلاجية ، ولا سيما فى الطب الباطنى ، حيث يتعذر الجزم فيها بأى شئ .

ويرد هذه الحجة القائلون بمسئولية الطبيب عن أى خطأ يقع منه، بأن نص المادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ مدنى فرنسى ورد عامًا ، بحيث يجعل كل شخص – دون إستثناء الأطباء – مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يترتب على أى خطأ أو إهمال منه (١) .

ونتيجة لوجود هذا الإنقسام فى الرأى ، فقد إقترح «ديمولومب» هذه التفرقة ، بين نوعين من الأعمال الطبية : الأعمال التى تصدر من أى شخص ، ولا شأن له فيها لصفة الطبيب . وتسمى أعمالاً مادية ، والأعمال الطبية التى تصدر عن الطبيب فقط ، فى مباشرته لمهنته ، وتسمى أعمالاً فنية .

وقد ذهب «ديمولومب» ، إلى أن الطبيب يعد مسئولاً عن الأعمال المادية وحدها ، دون الفنية ، وإلى أن هناك مبادئ أساسية فى علم الطب ، وحقائق ثابتة معترف بها ، تعتبر مخالفتها ، أو الغلط فى تطبيقها خطأ جسيمًا يضارع سوء النية ، من حيث أنه لا يجوز إغتفاره ، ويستتبع حتماً المسئولية .

والأعمال المادية المقصودة ، هى التى لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب ، ويمكن تقديرها دون الإعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها. ومن أمثلتها : أن يجرى طبيب جراح عملية جراحية ويده مصابة بعجز يمنعها من الحركة (٢) . أو أن يقتلع الناب الأيسر بدلاً من الناب الأيمن للمريض (٣) .

---

(١) د. سليمان مرقس – مصادر الإلتزام – القاهرة ١٩٦٠ – بند ٤٣٢ – ص٥٦٧ ، ٥٦٨ .

(٢) عن د. محسن البيه – نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية – ١٩٩٣ – بند ٧ – ص١٥ وهامش رقم (١) Douai, 19 janv. 1931, D.H. 1932, somme. 9 .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧ – ص١٥ وهامش رقم (٣) Paris, 22 févr. 1943, la loi, 10 sept. 1943 .

ويرتبط بذلك أيضاً ، الأعمال المنافية للشعور الإنسانى ، كإخلال الطبيب بواجبه فى إنقاذ مريض ، أو عدم تبصيره بمرضه ، وعدم الحصول على موافقته ، أو إنتهاك السر المهنى ، دون إذن من المريض.

أما الأعمال الفنية أو المهنية ، فهى التى تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب ، حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب ، ولا يتصور صدورها من غير طبيب ، كالتشخيص والعلاج . مثل وجوب لجوء الطبيب إلى وسائل علمية معينة لتشخيص المرض ، تستعمل فى الملاحظة والفحص[1] . أو أن يخلط فى تشخيصه بين أنواع متميزة من الإصابات ، مثل ذلك الطبيب الذى يشخص إصابة المريض على انها إلتواء فى مفصل الكوع ، ثم يعالجها على هذا الأساس ، بينما حقيقة الإصابة أنها كسر فى الكوع [2] . وهكذا ، فيعد من الأعمال الفنية تقدير ما إذا كان العلاج ملائمًا أم لا ، وما إذا كانت طريقة أخرى للعلاج ستكون أفضل أم لا . وما إذا كانت العملية الجراحية ضرورية أم لا ... إلخ .

١٥٦ - (١) الدافع الكامن وراء نظرية الخطأ الفنى الجسيم :

كان من الواضح ، أن الدافع الرئيسى وراء التمييز بين الأعمال المادية ، والأعمال الفنية التى يمارسها الأطباء بصفتهم هذه ، كان هو الرغبة فى إقصاء القضاء عن التعرض للبحث فى مسائل فنية تخرج عن إختصاصه ، بل هى محل جدل بين الأطباء ، بعضهم والبعض الآخر .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨ – ص١٦ وهامش رقم (١) Rouen, 21 avril 1923, S. 1924,2,17, note Perreau .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨ – ص١٦ وهامش رقم (٢) Paris 29 mars 1969, D. 1969, somme. 59 .

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ ، في حكمها الصادر في ١٨٣٥/٦/١٨ ، وكانت المحكمة الإبتدائية قد أمرت بإجراء تحقيق ، تبين منه أن الطبيب ، ويدعى «تورية نورروى» ، قد أخطأ في طريقة إجراء الفصد ، ثم حاول أن يخفى خطأه فلم يضع للمريض الضمادة التي كان يمكن أن تجنبه الضرر . ولما زادت الحالة سوءاً ، رفض أن يعود المريض ، وتركه وشأنه ، حتى إقتضت الحالة بتر الذراع . ولذلك ، فقد قضت المحكمة عليه بالتعويض . وتأيد هذا الحكم إستئنافياً . فطعن فيه بطريق النقض . وأثار الدفاع عنه ، فيما أثاره ، أن الطبيب لا يسأل عن آرائه ، وأفكاره ، وغير ذلك مما يجريه بحكم فنه كطبيب . وإنما يسأل عما يرتكبه من خطأ كرجل ، كأن يجرى العملية وهو في حالة سكر . وقيل إن المسئولية تقوم ضد الرجل ، ولكنها لا تقوم ضد الطبيب ، وقال الإتهام ، على لسان النائب «دوبان» ، إن أحداً لم يفكر في أن يسائل الطبيب عن آرائه وأفكاره ، وإنما يسأل فيما عدا المسائل الطبية ، عن كل إغفال لواجبات المهنة ، أو خطأ جسيم. ورأت محكمة النقض أن الوقائع المنسوبة إلى الطبيب هي وقائع مادية ، تتضمن أخطاء جسيمة ، وإغفالاً حقيقياً لواجبات المهنة، مما يخضع لتقدير القضاء ، ولذلك فقد قضت برفض الطعن (١) .

وكان النائب العام « دوبان » قد أعد تقريراً في هذه القضية ، أوضح فيه أن المبدأ العام القائل بحظر أي تدخل قضائي في المناقشات الطبية الخالصة ، يعني أن على المحاكم أن تنأى بنفسها عن مثل هذه الأمور ، فلا تتدخل في تقدير ما إذا كان هذا العلاج ملائماً أم لا ، وما

---

(١) انظر حكم محكمة «إيفريه» في ١٧ ديسمبر سنة ١٨٣٣ ، تأيد إستئنافياً من محكمة «روان» في ٢٢ مايو سنة ١٨٣٤ ثم من محكمة النقض في ١٨ يونيو سنة ١٨٣٥ (سيرى ١٨٣٥ - ١ - ٤٠١) . وفي هذا الحكم قررت المحكمة « إنه لا يصح أن يسلط سيف المسئولية على الطبيب ، بسبب هفوات ، أو أخطاء يسيرة » . عن د.الجوهري - السابق - ص٣٥٩ وهامش رقم (٣) ، د. محسن البيه - السابق - هامش رقم (٢) ص٣١ ، ٣٢ .

إذا كانت طريقة أخرى ستكون أفضل أم لا ، أو ما إذا كانت العملية الجراحية ضرورية أم لا . فهذه الأمور تظل بعيدة عن إختصاص المحكمة ، لأنها مسائل علمية ، تجرى مناقشتها بين الأطباء أنفسهم. فالقضاء لا يشغل نفسه بأمور علمية طبية ، أو يجهل بأمور كان من الضرورى أن يعلمها . فإذا كان الخطأ العلمى البسيط ، أم عدم نجاح العلاج ، لا يكفيان لتحريك دعوى المسئولية ، فى مواجهة الطبيب ، إلا أن الأمر عكس ذلك ، عندما ينسب إلى الطبيب غش ، أو سوء نية ، أو إهمال غير مغتفر ، أو أمور أخرى من نفس النوع (١) .

وقد تبع «ديمولومب» فيما قاله كثير من الشراح ، فأخذوا بهذه التفرقة بين العمل المادى والعمل الفنى ، وقالوا إن الطبيب يسأل عن كل خطأ فى أعماله المادية ، ويسأل أيضاً عن أعماله الفنية ، إذا وقع منه خطأ جسيم .

واستند هذا الفريق من الشراح ، إلى ما تقدم من أحكام القضاء ، وقالوا إن هذه الأحكام قد فرقت بين الأعمال الفنية ، فنهت القضاة عن الخوض فيها ، وبين الأعمال العادية . فجعلت الأطباء فيها كسائر الناس ، وإشترطت جسامة الخطأ الفنى ، لإمكان مساءلة الطبيب .

وقيل إنه إذا كانت فكرة عدم مسئولية الطبيب ، هى فكرة غير مقبولة وضارة . فإن فكرة المسئولية المطلقة هى فكرة غير معقولة وضارة كذلك . وإن الإعتبارات التى يقول بها دعاة عدم المسئولية لا يمكن أن تهدم قاعدة المسئولية ، ولكن يجب النظر إليها بعين الإعتبار عند تطبيق تلك القاعدة . والتوسط العادل بين الرأيين فى هذه المسألة ، هو خير الأمور ، وإن مسئولية الطبيب تختلف عن مسئولية سائر أصحاب المهن . فالصيدلى والمهندس والمقاول يسألون

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٩ – ص٣٠ ، ٣١ .

عن أخطائهم ، ولو كانت يسيرة ، ولكن الطبيب لا يتعرض إلا لمسئولية نسبية ، أو مسئولية ذات صفة خاصة (١) .

١٥٧ - (٢) تبنى القضاء لنظرية الخطأ الفنى الجسيم :

وقد إستمر هذا الإتجاه واضحًا فى أحكام القضاء الفرنسى ، خلال النصف الأول من القرن العشرين ، حيث قضت محكمة «السين» ، بأن الطبيب يعد مسئولاً عن الضرر الذى أصاب المريض ، إذا كان هذا الضرر قد نشأ نتيجة لخطئه الفاحش ، وعدم إحتياطه ، وجهله بالأمور التى يجب أن يعرفها كل طبيب (٢) .

كما قضت كذلك ، بأنه يجب الحكم بمسئولية الطبيب ، إذا ثبت أن الضرر الذى أصاب المريض ، كان نتيجة خطأ جسيم منه ، أو إهماله إهمالاً فاحشًا ، أو عدم تحرزه ، أو جهله بالأصول والقواعد التى يتعين على كل طبيب الإلمام بها حتماً (٣).

وأيضاً قضى بوجوب مساءلة الطبيب عن خطئه العادى بجميع درجاته وصوره ، يسيراً كان أم جسيماً ، أما بالنسبة للخطأ المهنى أو الفنى ، فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم المستخلص من وقائع ناطقة واضحة ، وتتنافى مع القواعد المقررة التى لا نزاع فيها(٤).

---

(١) د. الجوهرى - المسئولية الطبية فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه ١٩٥٢ - ص٣٦٠ ، ٣٦١ والهوا من (١) ، (٢) ، (٣) .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٩ - ص٣٢ وهامش رقم (١) T.Civ., Seine 25 févr. 1929, D. 1931, 2, 144 .

(٣) محكمة «السين» فى ٩ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة س٤ - رقم ٧٥٣ - ص٢١٦٧ عن د.الجوهرى - السابق - ص٣٦١ ، ٣٦٢ وهامش رقم (١) .

(٤) نقض عرائض ، فى ٢١ مايو ١٨٦٢ - سيرى ١٨٦٢ - ١ - ٨١٧ ، استئناف «متز» فى ٢١ مايو ١٨٦٧ - ٢ - ١٠٦ - عن د. وفاء حلمى - الخطأ الطبى - ١٩٨٧م - ص٤٠ ، ٤١ وهامش رقم (١) .

والحقيقة أن بعض أحكام القضاء العادى الفرنسى ، التى فسرها الفقه على أنها تشترط نسبة خطأ جسيم إلى الطبيب ، فى مجال عمله الفنى ، كى تنعقد مسئوليته المدنية ، لم تستخدم تعبير خطأ جسيم أو خطأ فاحش ، وإنما كانت تشترط أن ينسب إليه إغفال أكيد لواجباته (١) .

ومن ذلك ، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ، من أنه «فيما عدا الإهمال أو عدم الإحتياط الذى يقع من أى إنسان ، لا يسأل الطبيب عما ينسب إليه من عدم إحتياط ، أو إهمال ، إلا إذا ثبت أن ذلك يعد - مع مراعاة القواعد المعترف بها فى الفن الطبى - إغفالاً أكيداً لواجباته (٢) .

ومن التطبيقات القضائية للخطأ الجسيم ما قضت به محكمة نيم من التعويض على طبيب على إعتبار أنه إرتكب خطأ جسيماً بإصراره على ترك ضمادة لمدة ٣٦ ساعة ، على الرغم من الآلام الشديدة التى عانتها المريضة، دون أن يهتم بمصدر تلك الآلام (٣) .

وقضت محكمة «بوردو» ، بأن الطبيب الأخصائى يسأل عن أخطائه فى التشخيص ، لأنه يجب لهذه المساءلة أن يقع من الطبيب خطأ جسيم (٤) .

---

(١) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٩ - ص٣٢ وهامش رقم (٣) Civ., 18 Oct. 1937, D. 1937, 549 .

(٢) نقض مدنى فرنسى ، فى ١٨ أكتوبر ١٩٣٧ - دالوز ١٩٣٧ - ٥٤٩ - عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٤١ وهامش رقم (٢) .

(٣) محكمة «نيم» ، فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٨٤ (دالوز ١٨٨٤ - ٢ - ١٧٦) عن د. الجوهرى - السابق - ص٣٦١ وهامش رقم (٥) .

(٤) محكمة «بوردو» فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ (بوميرول ١٤٢ - ١٤٣) عن د. الجوهرى - السابق - ص٣٦١ وهامش رقم (٦) .

وعلى أى الأحوال ، فلقد تأثر القضاء المصرى بهذه النظرية ، ففى حكم مختلط ، قررت المحكمة أن الطبيب لا يسأل عن خطئه اليسير ، بل عن خطئه الجسيم ، أو غلطة ناجمة مثلاً عن جهل ، أو إهمال لا ريب فيه . كما أخذ بها حكمان صدرا فى سنة ١٩٣٦ ، ١٩٣٨ قررا أن الطبيب لا يسأل عن أخطائه الفنية فى التشخيص والعلاج ، إلا فى حالة الغش والخطأ الجسيم [١] .

كما قضت محكمة «مصر» الأهلية ، بأن الطبيب لا يسأل عن خطئه فى تشخيص مرض ، أو عدم مهارته فى مباشرة عملية جراحية ، إلا أن يكون مسئولاً عن خطئه الجسيم مدنياً وجنائيًا ، إذا ثبت انه لم يتخذ الإجراءات التى يوجبها الفن [٢] .

وايضًا ، فقد قضت محكمة «الجيزة» الجزئية بأن لمسئولية الطبيب وجهين ، أحدهما متعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة ، وثانيهما ليس متعلقاً بذلك ، ولا شأن له بالفن فى ذاته . وخطأ المهنة لا يسلم به إلا فى حالات الجهل الفاضح وما إليها . أما الثانى ، فإنه لا يخضع لسلطان التقدير الفنى والطبى والجدل العلمى ، لأنه خطأ مادى ، يقع فيه الطبيب ، مخالفاً بذلك كل القواعد المقررة طبياً . وهذا النوع من الخطأ ، يقع تحت المسئولية العامة ، شأن الطبيب فيه، شأن أى شخص آخر [٣] .

---

(١) حكم مختلط ، فى ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ (مجلة التشريع والقضاء – س٢٢ ص١٢٠) . عن د.الجوهرى – السابق – ص٣٦٢ ، وهامش رقم (٤) .

(٢) محكمة «مصر» منعقدة بهيئة استئنافية ، فى ٢ مايو سنة ١٩٢٧ (المجموعة الرسمية – س٢٩ – رقم ١١ – ص٢٠) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٢، وهامش رقم (٧) .

(٣) محكمة «الجيزة» الجزئية ، فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٥ (المحاماة – س١٥ – ع٦ – ص٤٧١) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٢، ٣٦٣ ، وهامش رقم (١) .

كذلك قضت محكمة إستئناف «مصر» ، بأن الطبيب الذى يعمل عملية جراحية بعضد مريض ، فينشأ عنها نزيف غزير ، يستدعى علاج خمسين يومًا ، يكون قد إرتكب خطأ جسيمًا ، إذا إتضح أن حدوث النزيف تسبب عن قطع شرايين صغيرة فى محل العملية ، وعدم ربطها ثانية ، مع أن الأصول الطبية كانت تقضى بذلك ، ومن ثم يكون مسئولاً جنائياً ومدنياً (١) .

١٥٨ - ثانيًا : العدول عن التفرقة بين الخطأ العادى والفنى ونظرية الخطأ الفنى الجسيم :

ومع أن التفرقة بين الخطأ العادى ، والخطأ الفنى ، تفرقة قديمة ، إذ قالت بها محكمة النقض الفرنسية ، منذ سنة ١٨٣٥ ، إلا أنها لم ترق لبعض الفقهاء ، كما لم ترق لمحكمة إستئناف «مصر» الأهلية .

وحجة أولئك وهؤلاء فى ذلك ، أنه إذا كانت التفرقة بين نوعى الخطأ سهلة وممكنة فى حالات ، كما لو قام الجراح بعملية جراحية ، وهو فى حالة سكر (٢) ، أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة (٣) ، فإن الأمر يدق أحياناً ، لدرجة يصعب معها القول بما إذا كان الخطأ عادياً أو فنيًا ، فمثلاً عدم الأمر بنقل مريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب ، إعتبرته إحدى المحاكم خطأ عادياً (٤) ،

---

(١) محكمة استئناف «مصر» ، فى ١٩ ابريل سنة ١٩٠٤ - الاستقلال - س٣ - ص١٠٥ . عن خطاب ورزيق - مجموعة احكام القضاء المصرى والفرنسى فى جريمتى القتل والاصابة خطأ - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - ص١٧٢ ، ١٧٣ .

(٢) راجع «جاردنا وريتشى» فى المسئولية المدنية - ص٥١٢ - نبذة ١٩٧ عن د. وديع فرج - السابق - ص٤٠٤ وهامش رقم (٣) .

(٣) راجع حكم محكمة «دويه» ، فى ١٩ يناير سنة ١٩٣١ - جازيت دى باليه ١٩٣١ - ٢ - ٧٧٣ . عن د. وديع فرج - السابق - ص٤٠٤ وهامش رقم (٤) .

(٤) راجع حكم محكمة «نانسى» ، فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ - جازيت دى باليه ١٩٢٨ - ١ - ٤١٠ . عن د. وديع فرج - السابق - ص٤٠٤ ، وهامش رقم (٥) .

فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتماً إلى تقدير حالة المريض الطبية ، وما قد يتعرض له لو بقى خارج المستشفى ، كذلك ترك قطعة شاش أو آلة جراحية فى جسم المريض ، أثناء العملية الجراحية ، قد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادى . غير أن السرعة التى تتطلبها بعض العمليات الجراحية ، قد تجعل منه خطأ فنياً (١) .

حتى ولو « فرضنا إمكان هذه التفرقة ، فى جميع الأحوال ، فإنه لا يجوز مع ذلك الأخذ بها لأنه لا سند لها فى القانون ، بل هى ترجع فى أصلها إلى الرغبة فى تحاشى تدخل القضاء فى المسائل العلمية الخلافية ، حتى يكون قضاؤهم مبنيًا على الثابت من المبادئ المستقرة، وعلى اليقين لا الشك » (٢) .

وإذا كان أصحاب هذا الرأى ، قد رغبوا فى تحاشى تدخل القضاة فى المسائل العلمية الخلافية ، حتى يكون قضاؤهم مبنياً على اليقين لا الشك ، ثم فى وجوب بث الطمأنينة فى نفوس الأطباء ، وترك الحرية الكافية لهم فى إتباع النظريات العلمية الحديثة ، والإنتفاع بها. فإن مؤاخذة المرء عن خطئه اليسير ، ليس معناها الحكم عليه بمجرد الشك ، دون اليقين . بل لابد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة ، بمخالفة مبدأ طبى من المبادئ الثابتة على وجه التحقيق ، فالطبيب يظل بمنجى من المسئولية متى راعى هذه المبادئ ، ولا حرج عليه بعد ذلك، إذاساير نظريات حديثة ، عليها مسحة من الوجاهة ، وإن لم يقطع العلم بصحتها بعد . ولا محل للقول بتفادى الدخول فى المناقشات الفنية ، التى يشق معها على القاضى ، أن ينتهى إلى رأى سليم ، فإن حاجة القضاء إلى مناقشة المسائل العلمية والفنية ،

---

(١) د. وديع فرج – السابق – ص٤٠٤ ، ٤٠٥ .

(٢) د. سليمان مرقس – ص١٦١، ود. السنهورى – مصادر الإلتزام – الوسيط – المجلد الثانى ١٩٨١ – ص١١٤٧ – ١١٤٩ – فقرة ٥٤٨ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٤٤ وهامش رقم (١) .

ليست مقصورة على الدعاوى الطبية ، بل أنها تتناول كل دعوى يثار فيها بحث فنى . وليس على القاضى ، إذا شق عليه الفصل فى مثل هذه البحوث ، مما يستخلصه من أقوال الخصوم ، إلا أن يرجع فى الأمر إلى آراء الخبراء الفنيين (١) .

ويقول الدكتور السنهورى ، عن هذه التفرقة ، أن « التمييز بين الخطأ المهنى فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق فى بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء ، فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب إعتبار الرجل الفنى مسئولاً عن خطئه المهنى مسئوليته عن خطئه العادى ، فيسأل فى هذا وذاك ، حتى عن الخطأ اليسير » .

ويستطرد ، فيقول : « والذى أدخل اللبس فى شأن الخطأ المهنى ، أن المعيار الذى يقاس به هذا الخطأ ، هو أيضاً معيار فنى . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ ، فيما إستقرت عليه أصول فنه والأصول المستقرة للفن هى ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ، ولا يقبلون فيها جدلاً . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فإختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أى خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيماً كان هذا الخروج ، أو يسيراً ، يعد خطأ مهنيًا يستوجب المسئولية » (٢) .

وعلى ذلك ، فقد وجد أن الرأى الصائب الذى يتفق وحكم القانون،

---

(١) راجع د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٣ ، ٣٦٤ وهامش رقم (١) .

(٢) د. السنهورى – الوسيط ، مصادر الإلتزام – المجلد الثانى ١٩٨١ – بند ٥٤٨ – ص١١٤٧ – ١١٤٩ .

وتقره المحاكم ، ويحقق الأغراض التى ينشدها القائلون بإشتراط الخطأ الجسيم ، لجعل الطبيب مسئولاً عن عمله الفنى ، أن يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق ، سواء أكان ذلك الخطأ عادياً أو فنياً . وسواء أكان يسيراً أم جسيماً (١) .

وقد كان لهذه الآراء أثرها فى أحكام القضاء ، فتجنبت المحاكم ، فى معظم الأحوال أن تشير إلى الخطأ الجسيم ، ووصفت الخطأ بدلاً من ذلك، تارة بأنه إغفال أكيد لواجبات المهنة (٢) ، وطوراً بأنه خطأ مؤكد وثابت بوضوح (٣) . وكما يقول «فوازينيه» ، فإن القول بمساءلة الطبيب عن جميع أخطائه كرجل ، وعن الجسيم منها وحده كطبيب، كان مناقضاً لصريح نص القانون . ولذلك ، فإن الأحكام تحللت شيئاً فشيئاً من هذا التناقض ، فلم تلبث أن تحولت فكرة الخطأ الجسيم فى الميدان الطبى ، من الفكرة القديمة ، بمعنى الخطأ الفاحش الذى يقرب من الغش ، إلى الخطأ الواضح فى مخالفة القواعد التى ثبتت وإستقرت ، ولم يعد فيها مجال للجدل والمناظرة . وأصبح الخطأ اليسير فى نظر القضاء هو الخطأ غير الواضح ، أو غير المؤكد فى حالة العلم القائمة (٤) ، بل ذهبت بعض الأحكام إلى النص صراحة على مساءلة الطبيب عن خطئه اليسير ، سواء فى ذلك أن يكون هذا الخطأ عادياً أم فنياً (٥) .

---

(١) انظر «سوردا» فى المسئولية Traité général de la responsbilité – نبذة ٦٦٧ مكررة. عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٤ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) نقض فرنسى ، فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٥٤٩ – عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٤، وهامش رقم (٣) .

(٣) نقض (عرائض) ، فى ٣ يوليو سنة ١٩٤٥ (دالوز الأسبوعى ٤٦ – ٥٣) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٤ ، وهامش رقم (٥) .

(٤) فوازينيه ص١٣١ – ١٣٢ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٤، ٣٦٥، وهامش رقم (١) .

(٥) عرائض ، فى ٢١ يوليو سنة ١٩١٩ (دالوز ١٩٢٠ – ١ – ٣٠) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٥ ، وهامش رقم (٢) .

ويتضح مما سبق ، أن ظهور نظرية الخطأ الجسيم ، كان راجعاً ، في الواقع ، إلى صعوبة التحقق من وجود الخطأ ، وبصفة خاصة ، عندما يتعلق الأمر بالإلتزام ببذل عناية ، الذى يشكل ، فى رأى الفقه، الحالة الغالبة لإلتزامات الطبيب – الأمر الذى دفع القضاء إلى التحول عن هذه النظرية ، ثم رفضها (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، فى حكم شهير لها ، قالت فيه : « إن هاتين المادتين (١٣٨٢ – ١٣٨٣ مدنى فرنسى) قد قررتا قاعدة عامة ، هى قاعدة ضرورة إسناد الخطأ إلى المسئول ، لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذى ينشأ من فعله ، بل حتى عن مجرد إهماله وعدم تبصره . وأن هذه القاعدة تسرى على جميع الناس ، مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم دون إستثناء ، إلا فى الحالات التى نص عليها القانون بصفة خاصة ، وانه لا يوجد أى إستثناء من هذا القبيل بالنسبة إلى الأطباء . وأنه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضى ألا يوغل فى فحص النظريات ، والأساليب الطبية . وأنه توجد قواعد عامة يمليها حسن التبصر ، وسلامة الذوق، وتجب مراعاتها فى كل مهنة ، وأن الأطباء فيما يتعلق بذلك ، خاضعون للقواعد العامة كغيرهم من الناس » (٢) .

ومن التطبيقات القضائية فى مجال التشخيص ، حكم صادر من محكمة «جرينوبل» سنة ١٩٤٦ ، أعلنت فيه : « إن الطبيب مسئول عن الأخطاء التى تقع منه أثناء ممارسته مهنته ، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم إحتياطه ، فى تشخيص الداء ووصف الدواء وإجراء العمليات ، ولا يلزم لقيام هذه المسئولية أن يرتكب الطبيب

---

(١) مازووتانك – بند ٥٠٩ ، «بينو» – المسئولية الطبية – ص٧٠ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢٩ – ص٥٠ .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢٠ – ص٣٣ ، ٣٤ ، وهامش رقم (٢) Req. 21 juil . 1919, précité .

خطأ جسيمًا ، إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفى الطبيب من المسئولية عن الخطأ اليسير، متى كان هذا الخطأ واضحاً ، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذا الفن ، فى مثل الظروف الخارجية للمدعى عليه » [١] .

وإذا كانت بعض الأحكام تعتد بعنصر الإحتمال الذى يتضمنه تشخيص المرض ، فتقضى بأن الغلط فيه لا يعد خطأ يستوجب مسئولية الطبيب ، بعكس ما إذا كان هذا الغلط غير مغتفر ، كما إذا كانت علامات وأعراض المرض من الظهور بحيث لا تفوت على طبيب مثل الطبيب الذى قام بالتشخيص . ولذلك قضت محكمة «باريس» بأن عدم نقل المريض إلى القسم الصحى المختص فى الوقت المناسب ، يشكل خطأ فاحشاً ، يستوجب مسئولية الطبيب [٢] .

ومن التطبيقات القضائية فى مجال العلاج ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه « ليس من الضرورى أن يكون خطأ الجراح جسيماً ليكون مسئولاً ، ولكن مسئوليته تنعقد إذا نسى ، عند تنفيذ إلتزامه ، آلة أو قطعة من القطن فى جسم المريض ، وأن إلتزام الطبيب ببذل عناية يتطلب الحذر العادى ، فالطبيب يسأل عن أخطائه ولو كانت يسيره » [٣] .

وفى قضية تتلخص فى أن طبيباً أخطأ فى علاج مريض ، إذ بدلاً من أن يحقن له الدواء فى داخل الشريان ، حقنه فى خارجه . وعندما

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢١ – ص٣٤ ، ٣٥ ، وهامش رقم (٤) Trib. Civ., Grenoble 4 nov. 1946, D. 1947, 79, S. 1947, 2, 38 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢١ – ص٣٥ ، وهامش رقم (١) Paris 19 mars 1971, J.C.P. 1975,2, 18046, note Charaf Eldin .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢١ – ص٣٥، وهامش رقم (٢) Civ., 18 déc. 1956, D. 1956, 237. En même sens : Trib. Civ., Aix 10 nov. 1953, D. 1954, 11 .

تعرضت محكمة الموضوع ، لتقدير خطأ هذا الطبيب ، طلبت من الخبير تحديد ما إذا كانت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب تمثل خطأ لا يغتفر ، أو أنها مجرد حادثة لا يمكن تجنبها فى بعض الظروف . فقررت محكمة النقض أن مجرد الخطأ من جانب الطبيب يؤدى إلى قيام مسئوليته ، دون حاجة إلى إشتراط أن يكون هذا الخطأ غير مغتفر ، أو بلغ درجة معينة من الجسامة (١) .

هذا هو موقف القضاء فى فرنسا . ولم يكن موقف القضاء فى مصر إلا إنحيازاً لصالح الإتجاه الفرنسى الرافض لنظرية الخطأ الفنى الجسيم ، فلقد إهتدت بعض أحكام القضاء المصرى إلى فساد إشتراط درجة معينة من الجسامة فى الخطأ الفنى ، تزيد عما يشترط فى الخطأ العادى ، ولذلك ساوت بينهما ، وأعلنت أن «الطبيب مسئول عن نتيجة خطئه ، دون تمييز بين الخطأ الهين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم » (٢) . وقرر حكم لمحكمة «مصر» أن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم فى مباشرة مهنته . وأيضاً عن خطئه اليسير (٣) . أما محكمة «دشنا» الجزئية ، فبعد أن قضت بالتعويض على طبيب أحدث خراجاً بذراع مريض ، نتيجة حقنة طرطير أعطاها له، تساءلت فى حكمها عما إذا كان الطبيب يعفى من المسئولية عن خطئه اليسير . وأجابت على ذلك بالنفى (٤) .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢١ – ص٣٦ ، وهامش رقم (١) Civ., 1re, 30 oct. 1963, D. 1964, 81, note SAVATIER .

(٢) استئناف مختلط ١٩١١/٢/١٥ – مجلة التشريع والقضاء المختلطة – س٢٣ – ص١٨٣ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢٣ – ص٣٨ ، وهامش رقم (١) .

(٣) حكم محكمة «مصر» الصادر سنة ١٩٢٧ ، ود. سليمان مرقس – مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى – ص١٦٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢٣ – ص٣٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٤) حكم محكمة «دشنا» الجزئية – نشر فى أهرام ١٦ ابريل ١٩٤٦ – عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٦٥ ، ٣٦٦ ، وهامش رقم (١) .

هذا ، وقد أوضحت محكمة «الإسكندرية» الكلية ، العلة وراء العدول عن نظرية الخطأ الفنى الجسيم ، بقولها : « إن الطبيب الذى يخطئ مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم . والقول بعدم مساءلة الطبيب فى حالة خطأ المهنة ، إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير ، هذا القول كان مثار إعتراضات لوجود صعوبات فى التمييز بين نوعى الخطأ ، ولأن نص القانون الذى يرتب مسئولية المخطئ عن خطئه جاء عامًا غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم ، ويسأل الطبيب عن إهماله ، سواء كان خطؤه جسيمًا أو يسيرًا ، فلا يتمتع الأطباء بإستثناء خاص » (١) .

---

(١) محكمة «الاسكندرية» الكلية ، فى ١٩٤٣/١٢/٣٠ - المحاماة ٢٤ - رقم ٣٥ - ص٧٨ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٢٣ - ص٣٩ ، وهامش رقم (١) .

المبحث الثانى
فكرة الخطأ الواضح الثابت

١٥٩ - أولاً : إشتراط القضاء أن يكون الخطأ واضحاً وثابتاً :

وتقوم هذه الفكرة على أن العبرة ليست بصفة الخطأ ، جسيماً أم يسيراً ، ولكن بثبوته على وجه القطع واليقين ، وليس الإحتمال والشك . وبذلك يتحقق الإعتبار الذى أراده أنصار نظرية الخطأ الفنى الجسيم ، الا وهو حماية الطبيب بتوفير الأمان له فى عمله ، وتشجيعه على المبادرة والتطور . فإذا كان سلوكه يتحدد فى إطار القواعد التى إستقرت فى مهنة الطب ، ومادامت مسئوليته لن تنعقد إلا بعد التثبت من خطئه على وجه القطع واليقين ، فلا غضاضة إن كان يسأل بعد ذلك عن خطئه الفنى ، أياً كانت درجة جسامته (١) .

وعلى ذلك ، فلا تقوم مسئولية الطبيب ، عندما لا يكون هناك تأكد تام من وجود خطأ منسوب إليه . وفى الواقع ، فإن الشك الذى يحيط بالخطأ هو دليل على عدم وجوده ، ولا يمكن إتخاذ هذا الشك دليلاً على وجود خطأ جسيم ، أو مغتفر .

وطبقاً لرأى البعض ، فإن القائلين بنظرية الخطأ الفنى الجسيم ، إنما قد إعتمدوا على بعض أحكام الموضوع ، وحتى بالنسبة لهذه الأحكام ، فالبادى من تسبيبها أن المحكمة عندما كانت تتكلم عن خطأ جسيم ، فإنها كانت تتحقق بالضرورة من وجود هذا الخطأ ، ولم تعف الطبيب من المسئولية ، بسبب عدم جسامة خطئه ، وإنما إستناداً إلى عدم وجود خطأ بالمرة ، ولو كان خطأ يسيراً . وفى جميع

---

(١) أحمد شرف الدين - بند ١٦ - ص٢١٢ ، بينو - المسئولية الطبية - بند ٤٤ - ص٥٦ ، ٥٧ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٢٩ - ص٥١ ، ٥٢ ، وهامش رقم(١) .

الأحوال ، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تقبل مطلقاً إعفاء الطبيب من المسئولية ، لأن الخطأ يسير [1] .

وعلى هذا الأساس ، فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن النظرية السابقة ، إذ قررت بأن «أى درجة من درجات الخطأ تكفى لقيام مسئولية الطبيب . المهم أن يثبت ذلك بشكل يقينى وقاطع ، ولا حاجة مطلقاً لإثبات الخطأ الجسيم » [2] .

خلاصة القول إذن ، أن القضاء الفرنسى ، وعلى رأسه محكمة النقض ، قد إستقر الآن على عدم إشتراط جسامة الخطأ لإنعقاد مسئولية الطبيب عن عمله الفنى ، وكل ما يشترطه هو أن يكون خطأ الطبيب محققاً ومتميزاً [3] .

ولعله من الثابت كذلك ، أن هذا الإتجاه قد ظهر واضحاً فى أحكام القضاء المصرى ، منذ وقت مبكر . ففى إحدى دعاوى المسئولية الطبية – وكان الخطأ فيها منسوباً إلى طبيب متخصص فى العلاج الكهربائى – عرضت المحكمة لما كانت عليه الحال فى الفقه والقضاء فى فرنسا ، وقالت فى حكمها : « إن ما قرره القضاء الفرنسى ، من حيث وجوب الخطأ الجسيم للمسئولية عن الأعمال الفنية ، والإكتفاء بالخطأ العادى للمسئولية عن الأعمال المادية ، هو أمر مرفوض ، لأنه لا يوجد ما يؤيد هذه التفرقة فى القانون ، ثم إن المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ صريحتان فى وجوب المسئولية عن الخطأ والتقصير ، ولم

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢٩ – ص٥١ ، وهامش رقم (١) Civ., 13 juil 1949, D. 1949, 423; Civ., 18 oct. 1937, D.H. 1937, 549 .

(٢) نقض مدنى فرنسى، فى ١٩٦٣/١٠/٣٠ – دالوز ١٩٦٤ – ٨١ ، ونقض فرنسى فى ٢٠ مايو ١٩٣٦ – دالوز ١٩٣٦ – ١ – ٨٨ ، ٢٤ يونيو ١٩٣٨ – جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٧٢١ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٤٥ ، وهامش رقم (١).

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٢١ – ص٣٦، وهامش رقم (٢) Cass. Civ., 21 nov. 1978, G.P. 1979, Pana. P. 98 .

تستثن من ذلك الأطباء . وأن الفقهاء الذين يفرضون وجود خطأ جسيم . إنما يتبعون بعض أحكام المحاكم ، ومع أن هذه المحاكم فرضت وجود خطأ جسيم ، فإنها ، من جهة أخرى ، لم تستطع أن تنقض النظرية القائلة بأن الأطباء خاضعون لحكم القواعد العامة التي تقضي بأن كل شخص ، مهما كان علمه ، أو وظيفته ، مسئول عن خطئه وإهماله » . وبعد أن عرضت لذلك قالت : « ولهذا ، فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة ، ولا يتمتع الطبيب بأي إستثناء . وفقط يجب على القاضي أن يتثبت من وجود هذا الخطأ ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتاً ثبوتاً كافيًا لديه . وعليه أن يستعين برأي الخبراء للتحقق من وجود الخطأ . وله أن لا يأخذ برأي الخبراء ، ويأخذ حذره من الخبير الذي يقدم تقريراً لصالح زميل له ، لأنه ربما يكون قد تأثر بعامل الزمالة . وبالجملة ، فإن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة ، متى تحقق وجود الخطأ ، مهما كان نوعه ، سواء أكان خطأ فنيًا أو غير فني . جسيماً أو يسيراً » (١) .

كما قضت محكمة إستئناف «مصر» بأن « مسئولية الطبيب عن خطئه تقصيرية . بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية . ومن مصلحة الإنسانية أن يترك باب الإجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب ، حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض ، وتخفيف آلامه ، وهو آمن ومطمئن ، لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا إحتمالية ، أنه إرتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي ، إلا عن رعونة ، وعدم تبصر » (٢) .

---

(١) محكمة إستئناف «مصر» ، الأهلية في ١٩٣٦/١/٢ - المحاماة ١٦ - ٧١٢ - ٣٢٤ ، المجموعة الرسمية - س٣٧ - رقم ٩٢ - ص٢٦٠ ، تعليق سليمان مرقس - مجلة القانون والإقتصاد - س٧ - ص٦٤٥ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٢٢ - ص٣٨ ، ٣٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) محكمة إستئناف «مصر» ، في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ - المحاماة ٢٢ - رقم ٨٥ - ص٢٥٨ .

١٦٠ - ثانيًا : إعتراض القائلين بفكرة الإغفال الأكيد لواجبات الطبيب :

يستند البعض (١) إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية ، فى أحد احكامها ، لإبراز الوصف الصحيح للخطأ الموجب للمسئولية الطبية . وطبقًا لهذا الرأى ، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تقصد بهذا الخطأ، لا الخطأ الفنى الجسيم ، ولا حتى الخطأ الواضح الثابت ، إلا إذا دل هذا الخطأ على إغفال أكيد لواجبات الطبيب .

ففى هذا الحكم ، تقرر محكمة النقض أنه : « فيما عدا الإهمال ، أو عدم الإحتياط الذى يقع فيه اى إنسان ، لا يسأل الطبيب عما ينسب إليه من عدم إحتياط ، أو عدم إنتباه ، أو إهمال ، إلا إذا أثبت المضرور أن ذلك ، مع مراعاة حالة العلم ، والقواعد المعترف بها فى الفن الطبى ، يعد إغفالاً أكيداً لواجباته » .

وفى تحليله لهذا الرأى ، يقول صاحبه ، أن علينا أن نلاحظ أن طبيعة ومدى الإلتزامات الطبية «تتحدد بحالة العلم ، والقواعد المعترف بها فى الفن الطبى ... كما تتحدد أيضاً بمراعاة المستوى المهنى للطبيب ، ولما كانت العلوم الطبية والفن الطبى فى تغير مستمر ، نتيجة كل تقدم علمى وفنى ، ولما كان الكثير من نواحى تلك العلوم والفنون ، لا يزال يحيطه الغموض ، ويثار حوله الجدل . ولما كان أفراد المهنة الواحدة غير مكلفين بأن يعرفوا عنها ، أو يتقنوا منها إلا بقدر ما يعرف ، أو يتقن نظائرهم فى تلك المهنة . لذلك وجب على القاضى أن يراعى كل هذه الإعتبارات ، قبل أن يسند أى خطأ فنى لطبيب (٢) .

وقد يقال إن كل هذا ، إن هو عود لنظرية الخطأ الواضح la faute

(١) د. وديع فرج – السابق – ص٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٢) المرجع السابق .

caracterisée ، التى رأى بعض الفقهاء أنها تنحصر فى أن المسئولية لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق ، وأن الأحكام تقوم على اليقين لا الشك . والواقع أن المبدأ الذى تضمنه حكم محكمة النقض الفرنسية ، لا يقف عند حد وجوب تحقق الخطأ بوضوح ، بل يذهب إلى أبعد من تلك كثيراً . هو يشترط شروطاً خاصة فى ذات الخطأ ، فالطبيب طبقاً لحكم النقض الفرنسى ، قد يقع منه عدم إحتياط ويعترف به ، أو عدم إنتباه ، ويعترف به أيضًا ، أو قد يقع منه إهمال ويقربه . ومع أن إعترافه بكل هذا يزيل أى شك فى حصوله ، فإن عدم إحتياطه هذا ، أو عدم إلتفاته، أو إهماله ، لا يكون الخطأ الطبى ، فى رأى محكمة النقض الفرنسية ، إلا إذا دل على إغفال أكيد لواجبات الطبيب . وفيما عدا ذلك، يعتبر عدم الإلتفات ، أو عدم الإحتياط بمثابة الحادث الفجائى فى الفن الطبى، فلا تترتب عليه مسئولية ما .

قد يقال أننا عدنا إلى نظرية تدرج الخطأ ، أى النظرية التقليدية التى تقضى بألا يسأل الطبيب إلا عن الخطأ الفنى الجسيم ، ولكن يرد على ذلك بأن أى خطأ فنى ، جسيمًا كان أو يسيراً ، يقع من الطبيب ، ويدل بذاته على إغفال ذلك الطبيب لواجباته إغفالاً أكيداً ، يعتبر خطأ موجباً لمسئوليته » .

ويستطرد ، فيقول :

« وما مكننا من الوصول إلى هذه النتيجة ، التى نعتبرها بحق أقرب إلى طبيعة الأمور ، إلا القول بأن المسئولية الطبية ، عندما يختار المريض طبيبه ، وهى الحالة الشائعة ، هى مسئولية تعاقدية ، لا تقصيرية . وأن مشتملات العقد الطبى ، أى مدى إلتزامات الطبيب ، هى التى أوجدت التفرقة بين المسئولية الطبية ، والمسئولية العادية ، فيما يتعلق بتقدير ما هو خطأ ، وما ليس بخطأ » (١) .

---

(١) المرجع السابق – ص٤٠٦ ، ٤٠٧ .

المبحث الثالث
فكرة الخطأ الإحتمالى

١٦١ - أولاً : فكرة الخطأ الإحتمالى تنطوى على إستعمال القاضى لسلطته فى إستخلاص الخطأ من كافة القرائن القضائية :

تستند فكرة الخطأ الإحتمالى على أساس أنه ، لولا حدوث الخطأ من جانب الطبيب ، لما وقع الضرر ، بالرغم من أنه لم يثبت بوجه قاطع أن الطبيب قد أهمل فى بذل العناية الواجبة ، أو لم يتخذ الإحتياطات التى يوجبها عليه إلتزامه بالحيطة ، فإن القاضى يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته . ويقدر البعض أن فكرة الخطأ الإحتمالى ما هى إلا إستعمال لسلطة القاضى ، فى إستخلاص الخطأ من كافة القرائن ، متى كانت قاطعة الدالة على حدوثه .

وقد رأينا فيما سبق ، أنه متى كان إلتزام الطبيب مجرد إلتزام ببذل عناية ، وجب أن يكون خطؤه ثابتاً ومؤكداً . ولا يتسنى ذلك إلا بإثبات خطأ الطبيب ، وعلاقة السببية بينه وبين ما أصاب المريض من ضرر ، حيث لا يكفى الإدعاء بقيام السببية بين مجرد العمل الطبى ، ووقوع الضرر . كى يفترض الخطأ . وتطبيقاً لذلك ، رفضت محكمة النقض الفرنسية حكماً صادراً من إحدى محاكم الإستئناف . لأن هذه المحكمة قررت أن العلاج بالأشعة يتضمن بذاته خطأ الطبيب ، متى وقع للمريض ضرر على إثر هذا العلاج ، حيث لم تتحقق محكمة الإستئناف من وجود خطأ متميز ، ثابت فى جانب الطبيب ، ومتمثلاً فى إنكاره لبعض واجباته (١) .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤١ ، وهامش رقم (١) Civ., 12 mai 1964, D. 1964. somm. 112, J.C.P. 1964, IV, 90 .

بيد أن محكمة النقض الفرنسية ، كانت قد أخذت ، خلال فترة من الزمن ، بفكرة الخطأ الإحتمالى . ومن ذلك ما قضت به الدائرة المدنية بهذه المحكمة ، فى ٢٨ يونيو ١٩٦٠ ، حيث أيدت قضاة الموضوع الذين إستندوا إلى تقرير الخبراء فى أن طبيب الأشعة مخطئ لما أصاب المريض من ضرر ، على إثر سقوط نافذة عليه فى حجرة الأشعة ، لأن الطبيب نزع مسمار قلاووظ من شيش النافذة . وعند تشغيل جهاز الأشعة ، إهتزت النافذة ، وسقطت على المريض ، فأصابته بالضرر . ويرجع هذا الخطأ ، إما لأنه لم يحكم ربط المسمار، وإما لأنه لم يحسن وضع الشباك ، وإما لأنه لم يحترس للأداة التى يستعملها[١] .

كما أيدت نفس المحكمة قضاة الموضوع ، فى إستخلاصهم خطأ الطبيب مما أصاب المريض من إضطرابات مستمرة ، على إثر وضع عضو زائد له . وقد توصل قضاة الموضوع من مجموع القرائن الجسيمة والمحددة ، والمتطابقة ، إلى تأكيد أن ما أصاب المريض من شلل ، إنما قد نشأ من عدم إتخاذ إحتياطات كافية ، عند إجراء التدخل الجراحى [٢] .

وبهذا المسلك ، يكون الشئ الوحيد الذى أكده قضاة الموضوع هو رابطة السببية ، بين التدخل الجراحى ، والشلل الذى أصاب المريض، وإن كان من المؤكد أن عدم كفاية الإحتياطات ، هى التى أدت إلى إستخلاص السببية ببساطة ، وهذا الإستخلاص لا يتم فى الحقيقة ، إلا باللجوء إلى فكرة الخطأ الإحتمالى [٣] .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤١ ، ٢٤٢ ، وهامش رقم (٤) Civ., 28 juin 1960, précité .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤٢ ، وهامش رقم (١) Civ., 12 nov, 1968, J.C.P. 1968, IV. 208 .

(٣) بينو – المسئولية الطبية – بند ٦٥ – ص٧٧ – عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤٢ ، وهامش رقم (٢) .

وفى نفس الإتجاه ، تحاول محكمة النقض الفرنسية تبرير موقفها ، فهى تقرر أن قضاة الموضوع ، يكونون قد أسسوا قرارهم بمسئولية الطبيب الجراح ، متى إستظهروا أن التدخل الجراحى ، كان يمكن أن ينجح لو تم صحيحاً ، طبقاً للمبادئ الطبية المستقرة . وكان ذلك بمناسبة حقن المريض بدواء معين . فلو كان الحقن قد تم بطريقة جيدة ، ودفعة واحدة ، وبسرعة وقوة مناسبة ، لما وقع الضرر(١) .

على أنه ، إذا كان أحد لا ينازع فى تأييد محكمة النقض لإعلان قضاة الموضوع أن « التدخل الجراحى كان يمكن نجاحه ، لو تم طبقاً للمبادئ الطبية ، إلا أنه من المهم التساؤل عما يتمثل فيه الخطأ فى هذا الفرض ؟ أنه كما يرى البعض ، ليس إلا خطأ إحتمالياً (٢) .

وعلى أى الأحوال ، فلقد تأثرت بعض المحاكم الفرنسية بموقف محكمة النقض ، وتبنت عملياً فكرة الخطأ الإحتمالى . وعلى ذلك ، يكون الخطأ إحتمالياً عندما تؤكد المحكمة أن سقوط المريض من فوق منضدة الفحص ، ليس له من سبب ، سوى القصور فى الرقابة من جانب الطبيب المسئول ، أو أنه ترك هذا المريض ، بالرغم من كبر سنه، وبدانته الظاهرة ، يستقر بمفرده ، دون مساعدة أحد ، على منضدة الفحص ، أو لأن هذه الأخيرة قد إنقلبت به ، لقصور فى أداة التوجيه (٣) .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٢٧ – ص٢٤٢، وهامش رقم (٢) Civ., 19 juin 1962, J.C.P. 1962IV, 110; B. Civ., n° 316, P. 279 .

(٢) بينو – المسئولية الطبية – بند ٦٥ – ص٨٠ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٢٧ – ص٢٤٢ ، ٢٤٣ ، وهامش رقم (١) .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٢٧ – ص٢٤٣ ، وهامش رقم (٢) Paris 4 nov. 1963, D. 1964. 13 .

ويكون الخطأ إحتماليًا كذلك (١) ، عندما تدين المحكمة جراحًا ، لأنه جزأ العصب الوجهى لمولود جديد ، خلال ولادة قيصرية . وقد نسبت المحكمة هذه الإدانة ، على مجرد القصور فى تطبيق فن التوليد، خاصة وأن الحالة المعروضة كانت نادرة ، ولا يوجد لها مثال فى المراجع الطبية ، بينما الموجود من النماذج ، إنما يمثل عمليات جراحية تمت طبقًا للقواعد التقليدية (٢) .

كما قررت محكمة «باريس» ، فى حكم حديث لها ، مساءلة مركز، أو بنك الدم ، عن نقل دم ملوث بفيروس الإيدز ، حتى وإن كانت الحالة العلمية ، والتقنية الراهنة ، لا تسمح بإكتشاف هذا الفيروس . وقد صدرت فى ذلك العديد من الأحكام القضائية ، كما تناولها نص المادة (٧) من التوجيه الأوروبى الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٥ (٣) .

هذا ، وقد تبنى القضاء الإدارى بدوره فكرة الخطأ الإحتمالى ، حيث قضى بأن وفاة طفلين أثناء القيام بعملية التطعيم الجماعى ، يدل على إختلال سير المرفق العام ، وتنعقد بالتالى مسئولية الإدارة(٤).

ويؤيد الفقيه «سافاتييه» (٥) فكرة الخطأ الإحتمالى ، بإعتبارها من

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤٣ ، وهامش رقم (٣) Aix 10 nov. 1953, D. 1954, 11; Civ., 27 oct. 1970, B. civ., n° 283, P. 232 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤٣ ، وهامش رقم (٤) T.G.I. Seine, 31 mai 1960 , G.P. 1960, 2, 106 .

(٣) راجع د. الزقرد – تعويض ضحايا مرض الإيدز والإلتهاب الكبدى الوبائى بسبب نقل دم ملوث – ٢٠٠٧ – بند ٦٣ – ص٨١ ، وهامش رقم (١) .

(٤) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٧ – ص٢٤٣ ، وهامش رقم (٥) T.Ad - de Bordeaux, 29 févr. 1956, D. 1956, 462; Cons. d'Et. 13 juil. 1962, D. 1962, 426, note LEMASURIER .

(٥) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٨ ، وهامش رقم (٦) SAVATIER, note sous; Civ., 28 juin 1960, précité .

قبيل القرائن ، طبقًا للمادة ١٣٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى ، فاللجوء إلى هذه الفكرة ، ليس ، إذاً ، إلا إستعمالاً للقرائن القضائية، أى إستعمال القاضى لسلطته فى إستخلاص الخطأ من كافة القرائن ، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه (١) .

وعلى العكس من ذلك ، ينتقد الفقيه « بينو » هذه الفكرة (٢) ، لأنها ترتكز ، فى رأيه ، على مجرد التفسير بمفهوم المخالفة ، وهو تفسير عادة ما يكون ضعيفاً . فطبقاً لظروف كل حالة ، قد لا يثبت أن المدعى عليه قد إرتكب هذا الخطأ المحدد ، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ، لأنه لم يستطع أن ينفى عدم إرتكابه . وهكذا ، فإننا نخاطر - كما يقول الأستاذ «هنرى مازو» - « أن تضفى على هذه الواقعة ، أو تلك فى ذاتها ، صفة قرينة الخطأ » (٣) .

ولهذا ، يأمل الفقيه « بينو » أن تختفى فكرة الخطأ الإحتمالى من المجال الطبى ، كما إختفت من قبل من مجال النقل المجانى ، لأن القاضى ، عندما يعتد بهذه الفكرة ، فإنه يحيد - فى رأى «بينو» - عن المعيار الصحيح ، والضرورى للخطأ ، حيث يستند إلى تحليل مجرد للمواقف ، ولا يعتمد فى تحديد خطأ الطبيب على الطبيب الوسط ، اليقظ ، فمن الثابت أن الطبيب يكون مخطئاً ، متى ثبت أن سلوكه الفعلى ، لا يطابق السلوك الذى يأخذ به طبيب يقظ، من نفس مستواه(٤) .

---

(١) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٣٨ - ص٢٤٤ ، وهامش رقم (٢) Civ., 12 nov., 1968 précité .

(٢) بينو - المسئولية الطبية - بند ٦٦ - ص١٨ . عن د. محسن البيه السابق - بند ١٣٨ - ص٢٤٤ ، وهامش رقم (٣) .

(٣) احمد شرف الدين - بند ٣٥ - ص٢٦١ - عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٣٨ - ص٢٤٤ ، وهامش رقم (٤) .

(٤) بينو - المسئولية الطبية - بند ٦٦ - ص٨١ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٣٨ - ص٢٤٤ ، وهامش رقم (١) .

هذا عن موقف القضاء الفرنسى من فكرة الخطأ الإحتمالى . أما عن موقف محكمة النقض المصرية من هذه الفكرة ، فيرى البعض[1] أنها أخذت بها بخصوص المسئولية عن جراحة التجميل ، حيث قررت بأنه يكفى المريض ، حتى يثبت خطأ طبيب التجميل ، أن يقدم واقعة ترجح إهماله ، و« يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه ، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب ، ويتعين عليه لكى يدرأ المسئولية عن نفسه ، أن يثبت قيام حالة الضرورة ، التى إقتضت إجراء الترقيع ، والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال»[2] .

وعلى الرغم من ذلك ، فيعتقد صاحب هذا الرأى ، أنه لا يمكن إعتبار هذا الحكم مقرراً لمبدأ عام ، ينطبق على كل أبواب المسئولية الطبية ، حيث أنه قد صدر فى شأن مسئولية أحد أطباء التجميل ، والذى قدرت محكمة النقض المصرية ، أن العناية المطلوبة منه ، بحسب التعبير الصادر عنها « أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى، إعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه ، وإنما إصلاح تشويه، لا يعرض حياته لأى خطر » [3] .

والواقع ، كما يرى صاحب هذا الرأى - بحق- أن فكرة الخطأ الإحتمالى، ليس لها من وصف الخطأ ، ومضمونه ، إلا الإسم ، ولا يعدو الأمر أن يكون إستعمالاً لوسيلة خلابه لمصلحة المضرور ، على حساب القواعد القانونية ، وأنها وسيلة دخلت المجال القانونى ، على شئ من الإستحياء ، كى تنضم إلى غيرها من الأفكار الإحتمالية

---

(١) أحمد شرف الدين - بند ٣٥ - ص٢٦١ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٣٩ - ص٢٤٥ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) نقض مدنى مصرى - ١٩٦٩/٦/٢٦ - س٢٠ - ص١٠٧٥ - عن د. محسن البيه - بند ١٣٩ - ص٢٤٥ ، وهامش رقم (٣) .

(٣) حكم النقض السابق .

التى إبتدعها القضاء لمواجهة التحولات الإقتصادية ، والإجتماعية ، التى طرأت حديثاً [1] .

١٦٢ - ثانيًا : إختلاف فكرة الخطأ الإحتمالى عن فكرة الخطأ المفترض فى إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة :

يرى بعض الفقهاء [2] ، أن فكرة الخطأ الإحتمالى ، تتميز عن الخطأ الثابت ، والناشئ عن إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة من وجهين:

الوجه الأول : أنه فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ، يعتبر الطبيب مخطئًا – بناء على خطأ ثابت فى رأى ، أو مفترض فى رأى آخر – بمجرد تخلف النتيجة المطلوبة . أما طبقًا لفكرة الخطأ الإحتمالى ، فيفترض خطأ الطبيب فقط ، متى وقعت للمريض نتائج سيئة [3] .

الوجه الثانى : فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ، لا يستطيع الطبيب أن يتخلص من المسئولية ، إلا بإثبات السبب الأجنبى ، أما طبقاً لفكرة الخطأ الإحتمالى ، فيستطيع ذلك ، ليس فقط بإثبات السبب الأجنبى ، ولكن أيضًا بإثبات الظرف الأجنبى . وهذا الأخير ذو مفهوم أكثر مرونة وإتساعاً من مفهوم السبب الأجنبى .

ويرى هذا الفقه بحق ، أن لجوء القضاء لفكرة الخطأ الإحتمالى ، إنما تكشف عن شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمريض ، فى مواجهة التطورات العلمية المعاصرة ،

---

(١) مثل فكرة السببية المحتملة بين خطأ الطبيب والضرر الذى أصاب المريض ، والمتمثل فى تفويت فرصة العلاج ، أو فرصة الحياة – أحمد شرف الدين – بند ٣٥ – ص٢٦٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٩ – ص٢٤٦ ، وهامش رقم(٢).

(٢) الأستاذ الدكتور محسن البيه وآخرون – المرجع السابق – بند ١٣٩ – ص٢٤٦ .

(٣) شاباس – عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٣٩ – ص٢٤٦ ، وهامش رقم (٥).

التى حققت طفرات هائلة فى الوسائل العلاجية . خاصة بعد أن ترسخ فى الأذهان تلك الفكرة الشائعة ، وغير الدقيقة ، والمتمثلة فى القول إجمالاً بأن إلتزام الطبيب مجرد إلتزام ببذل عناية ، إذ أنه لا يضمن شفاء للمريض ، وإنما هذا لا يتم ، إلا بإرادة اللّه وحده .

ويضيف – فيما يتعلق بنطاق الإلتزام بتحقيق نتيجة – أن مواجهة الواقع ، دون لبس أو غموض ، والإعتراف بوجود إلتزامات بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب ، بالإضافة إلى الإلتزام ببذل عناية ، يمثل فى رأينا الأسلوب الأمثل لتحقيق التوازن ، فى العلاقة بين الطبيب والمريض ، خاصة فيما يتعلق بعبء الإثبات [١] .

---

(١) – محسن البيه – السابق – بند ١٣٩ – ص٢٤٦ ، ٢٤٧ .

الفرع الرابع

معيار الخطأ الطبى

١٦٣ - تمهيد وتقسيم :

إنتهينا فيما سبق، إلى أنه لا تجوز التفرقة بين درجات الخطأ ، لتقرير مبدأ مسئولية الطبيب عن خطئه ، الأمر الذى مؤداه الحد من أهمية التمييز بين الخطأ العادى والخطأ الفنى .

على أنه ، وبالرغم من ذلك ، فإنه ما تزال هناك فائدة أكيدة لهذا التمييز ، فى مجال تحديد معيار الخطأ . ذلك أنه من الضرورى تقدير سلوك الطبيب لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ يسأل عنه ، أو مجرد غلط يمكن أن يقع فيه أى طبيب آخر ، فلا يسأل عنه . وهذه هى مشكلة معيار خطأ الطبيب [١] .

وإذ نحن بصدد عرض هذا الموضوع على بساط البحث ، فقد رأينا أن نقسم هذا الفرع إلى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : موقف الفقه من معيار الخطأ الطبى .

المبحث الثانى : موقف القضاء من معيار الخطأ الطبى .

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٦٨ – ص١١٥ ، ١١٦ .

المبحث الأول

موقف الفقه من معيار الخطأ الطبى

١٦٤ - أولاً : نظرة عامة على معيار الخطأ الطبى :

ألمحنا فيما سبق ، إلى أن إجماع الفقه يكاد ينعقد على أن إلتزام الطبيب فى مواجهة المريض ، إن هو إلا إلتزام ببذل عناية ، سواء وجد مصدره فى القانون ، أم فى العقد ، إذ أنه لا يلتزم بشفاء المريض ، وإنما يلتزم فقط ببذل عناية فى سبيل شفائه . ولذلك لا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء ، وإنما عن تقصيره فى بذل العناية اللازمة . وترتيباً على ذلك ، يرى البعض أن إلتزام الطبيب يكون ببذل عناية «أياً كان المعيار الذى يلجأ إليه ، لتحديد طبيعة الإلتزام من حيث غايته»(١) .

ومن جهة ثانية ، فإنه سواء أكان مبنى إلتزام الطبيب هو العقد ، أو القانون ، فإن المعيار الذى يقاس به سلوك الطبيب يكون معياراً واحداً ، مادام أن طبيعة إلتزام الطبيب هى واحدة ، أى بذل العناية اللازمة فى سبيل شفاء المريض .

وفى إيضاحه لذلك ، يقول الدكتور السنهورى ، فى معرض حديثه عن الأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة (بصفة عامة) :

« وأول ما تجب ملاحظته فى هذا الشأن ، أن مسئولية هؤلاء الفنيين ، تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية ، لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم

---

(١) محمد هشام القاسم – المسئولية الطبية – ص٨٤ – عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٥ – ص١١٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) أحمد شرف الدين – بند ١٧ – ص٢١٩ – عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٠ – ص١١٩ ، وهامش رقم (١) .

الفنية ، ولكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة ، هى التى تقتضيها أصول المهنة التى ينتمون إليها . فإلتزامهم بالعقد هو إذن إلتزام ببذل عناية لا إلتزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسئولية العقدية بمعيار المسئولية التقصيرية . فهم فى المسئولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التى تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوسطهم علمًا وكفاية ويقظة . فالإنحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنياً (١) .

ومن جهة ثالثة ، فإذا كان معيار الخطأ الطبى ، على هذا النحو ، يتلاقى فى المسئولية العقدية ، معه فى المسئولية التقصيرية ، فثمة أمر تجب ملاحظته . وهو إختلاف المعيار بحسب ما إذا كان الخطأ الطبى عمدياً ، أم غير عمدى . فإذا كان الخطأ عمدياً ، فإن ذلك يظهر من لحظة تصرف مرتكب الخطأ بقصد إحداث الضرر . وهذا الخطأ يقدر بمعيار شخصى (٢) . ولهذا ، يكون مفيداً جداً التمييز بين الخطأ العمدى ، والخطأ غير العمدى ، لأن كلاً منهما يخضع لنظام مختلف. ففى الخطأ غير العمدى ، نجد أن الطبيب لا يتصرف بقصد الإضرار بالمريض ، وإنما يتعلق الأمر بإهمال أو عدم إحتراز . ولذلك ، فإن المعيار فى هذه الحالة ، يكون موضوعياً .

ومن جهة رابعة ، فقد سبق أن رأينا ، أن العناية التى يلتزم بها الطبيب ، ومن ثم يعتبر مخطئًا إذا قصر فيها ، هى - بحسب تعبير محكمة النقض المصرية - العناية التى تقتضى من الطبيب « أن يبذل

---

(١) الوسيط للسنهورى - السابق - بند ٥٤٨ - ص١١٤٤ ، ١١٤٥ .

(٢) عبد الرشيد مأمون - بند ٩٦ - ص١٢٥ ، و«هنرى وليون وجان مازو» - بند ٤٤٦ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٧١ ص١١٩، وهامش رقم (٤) .

لمريضه جهوداً صادقة يقظة ، تتفق فى غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب » [1] . أو كما حددتها محكمة النقض الفرنسية ، بأنها العناية الوجدانية اليقظة الموافقة ، فى غير الظروف الإستثنائية للمعطيات المكتسبة من العلم » . أو كما جاء فى حكم حديث ، أن يكون إلتزام الطبيب مطابقًا « للمعطيات المعاصرة للعلم»[2] .

وبطبيعة الحال ، فإن العناية المطلوبة ، سوف تختلف ، تبعًا لطبيعة العمل الذى يقوم به الطبيب ، وما إذا كان عملاً فنيًا يتصل إتصالاً مباشراً ووثيقاً بمهنة الطب ، أو كان عملاً عادياً ، لا علاقة له مباشرة بهذه المهنة ولهذا ، فإنه يجب مراعاة الطبيعة الفنية لعمل الطبيب ، عند وضع المعيار الذى يقاس به سلوكه . وبعبارة أخرى ، فإن هذا المعيار ، الذى سيقدر به خطأ الطبيب ، سوف يختلف بإختلاف طبيعة العمل الذى حدث الإخلال بالإلتزام فى مجاله [3] .

١٦٥ - ثانيًا : معيار الخطأ الطبى بالنسبة للأعمال الطبية العادية :

فى واقع الحال ، نجد أن هناك طريقين لتقدير مسلك أى إنسان : فإما أن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادى ، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه ، إعتبر مقصراً ، وإلا فهو غير مخطئ. وهذا هو التقدير الواقعى أو الشخصى . وإما أن يقارن ما وقع منه بمسلك شخص مجرد ، يتصور أنه على مثال الرجل الحريص اليقظ، الذى يفترض أن تصرفاته وأعماله بلا عيب . وهذا هو التقدير المجرد ، أو المادى .

---

(١) نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ ، سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض فرنسى ، فى ١٩٣٦/٥/٢٠ ، سابق الاشارة إليه .

(٣) د. محسن البيه – السابق – بند ٧١ – ص١٢١ .

ويبدو أن الفقه والقضاء قد حارا بين هذين الطريقين ، لتقدير الخطأ المادى (العادى) . فرأى بعض الفقهاء [1] وجوب الأخذ بالتقدير الواقعى ، وإتباع المعيار الشخصى . وقد أخذت بهذا المعيار بعض أحكام القضاء [2] . غير أنه قد لوحظ أن تطبيق هذا المعيار ، من شأنه أن يؤدى إلى مكافأة من إعتاد التقصير ، بعدم محاسبته على تقصيره، كما يؤدى إلى مجازاة من إعتاد اليقظة ، على أقل هفوة من الهفوات . ولذلك يفضل أغلبية الفقهاء تقدير خطأ الطبيب ، طبقًا لقاعدة التقدير المجرد ، لا على إطلاقها ، فإن فى ذلك كل الظلم على الطبيب ، وإنما مع مراعاة بعض الظروف المحيطة بمسلك الطبيب ، والتى أثرت حتمًا فيه . تلك هى التى يعبر عنها الفقهاء بالظروف الخارجية ، وهى الظروف المستقلة عن شخصية الطبيب .

وعلى ذلك ، فإنه يمكن القول بأن المعيار الموضوعى المجرد ، هو المعيار الذى يتخذ من سلوك الشخص العادى . مقياسًا للسلوك الواجب إتباعه . هذا الشخص هو الرجل الوسط ، الذى يمثل سواد الناس ، أى أنه الرجل اليقظ المتبصر ، فلا هو بالغبى الجاهل ، ولا هو بالشديد اليقظة والحرص [3] . وينطبق هذا المعيار الموضوعى ، فى مجال الإلتزام ببذل عناية ، على الخطأ التقصيرى ، والخطأ العقدى ، على حد سواء . ففى الحالتين يؤخذ بهذا المعيار الموضوعى ، والذى يقوم على مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل المتيقظ المتبصر ، إذا وجد فى ظروف مماثلة لظروف الفاعل ، بصرف النظر عن العوامل

---

(١) راجع «اليجال» - الإهمال وعدم الإحتياط - رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - ص٥ او ما بعدها . عن د. وديع فرج - السابق - ص٣٩٨ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع حكم محكمة «متز» الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ ، دالوز الدورى - ١٨٦٧ - ٢ - ١١٠ . عن د. وديع فرج - السابق - ص٣٩٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) السنهورى - السابق - بند ٥٢٨ ، ومحمد هشام القاسم - الخطأ الطبى - ص١١. عن د.محسن البيه - السابق - بند ٧٣، وهامش رقم (٤) .

الداخلية الخاصة بشخص الفاعل [1] فإذا إنحرف عن هذا السلوك كان مخطئاً ، وإنعقدت مسئوليته عما أصاب المريض من ضرر [2] .

١٦٦ - (١) التفرقة بين الظروف الخارجية والداخلية التى تحيط بالطبيب المسئول :

فى نطاق تحديد المعيار الذى يقاس به سلوك الشخص مرتكب الفعل الضار ، فقد رؤى أن توضع فى الإعتبار الظروف الخارجية التى تحيط بالشخص المسئول . ولذلك ذهب الأستاذان «هنرى وليون مازو» إلى وجوب التمييز بين الظروف الخارجية التى كانت تحيط بالشخص المسئول ، عند وقوع الفعل الضار ، والظروف الداخلية ، والإقتصار على الأولى دون الثانية ، عند تعيين مسلك الرجل العادى. وعرفا المقصود بالأولى بأنه ما ليس خاصاً بشخص مرتكب الفعل الضار ، أو ما ليس من خصائصه ، ومميزاته الطبيعية [3] .

ومن أمثلة الظروف الخارجية التى تحيط بالطبيب المسئول ، ما قد تدعو إليه الحال إلى العمل بسرعة ، أو بعيداً عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة ، أو بدون معونة الزملاء والممرضين ، مما يجب أن تباح معه للطبيب تصرفات لو وقعت منه فى الظروف العادية لعدت خطأ موجباً للمسئولية[4] . أما الأخرى فهى الظروف الداخلية اللاصقة بشخص المسئول ، المتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدبية[5].

---

(١) سليمان مرقس – ص٦٤٦ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٣ – ص١٢٢ ، وهامش رقم (١) .

(٢) أحمد شرف الدين – بند ١٧ – ص٢١٩ ، عبد الرشيد مأمون – بند ٩٧ – ص١٢٦. عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٣ – ص١٢٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) د. سليمان مرقس – السابق – بند ٢٩٦ – ص٥١٥ ، ٥١٦ .

(٤) أنظر «مازو» – ن ٢٩ ، «ديفلو» – ص٧٩ ، «مازان» – ص٢١٥ عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٤ ، وهامش رقم (٤) .

(٥) مازو – ن ٤٣٨ – عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٤ ، وهامش رقم (٥) .

وعلى ذلك ، فقد إعتبر ظرف الزمان والمكان من الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى . أما الحالة النفسية ، والطباع ، والعادات ، ودرجة الحساسية ، فيعتبر أنها من الظروف الداخلية ، التى لا يجوز أن يقام لها وزن (١) .

ويرى البعض من الفقهاء ، أننا لو سلمنا بهذه النظرية ، لأدت بنا إلى إيقاع الظلم بطائفة كبيرة من الأطباء ، وإهدار الرضاء الذى تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض ، حيث يعنى إعتبار التخصص الفنى ، والمركز العلمى ، والخبرة فى ممارسة المهنة من الظروف الداخلية ، مما يترتب عليه ، عند مقارنة طبيب عمومى حديث العهد بالمهنة ، بأستاذ قديم متخصص فى النوع الذى نسب فيه الخطأ إلى الأول منهما ، أن نغض النظر عن جميع هذه الفروق بين الإثنين ، إكتفاء بصفة خارجية ، كوجودهما فى مستشفى واحد . كما يترتب عليه غض النظر عن جميع الإعتبارات التى لاحظها المريض ، عند إختيار طبيب بذاته ، من مؤهلات وصفات ذلك الطبيب ، كالتخصص فى بعض فروع المهنة ، أو الوجود على رأس مستشفى ، أو التدريس فى كلية الطب ، مما قد يكون له أبعد الأثر فى تقدير أجره. مع أن عقد العلاج الطبى هو من العقود التى تراعى فيها شخصية الطبيب . وفى إهدار هذه الشخصية – عند مقارنة مسلك صاحبها ، بالمسلك الواجب لتقدير أعماله – إهدار للعقد الطبى ذاته ، ولقصد المتعاقدين (٢) .

ولذلك قيل إنه يجب الوقوف عند بعض الإعتبارات المتعلقة بشخص المسئول عند عمل المقارنة ، فما هى هذه الإعتبارات الشخصية التى يجب أن تضاف إلى الظروف الخارجية ؟ بالطبع ،

---

(١) د. سليمان مرقس – بند ٣٩٦ – ص٥١٦ .

(٢) د. الجوهرى – السابق – ص٣٥٤ .

فإنه لا يمكن الوقوف عند كل الإعتبارات المتعلقة بشخص المسئول ، وإلا عدنا إلى نظرية التقدير الواقعي أو الشخصي ، وإنما هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه في تلك المهنة، وبكفايته في عمله . عوامل تحدث الأثر نفسه في الأطباء الذين يخضعون لها ، كالتخصص في فرع من الفروع . والوجود على رأس مستشفى من المستشفيات ، والتدريس في جامعة من الجامعات، والوجود في قرية بعيداً عن العلم والعلماء ، وما إلى ذلك من الإعتبارات التي يراعيها نفس المريض عند إختيار الطبيب ، والتي يمكن أن نطلق عليها الإعتبارات التي ترجع إلى المستوى المهني للطبيب ، فلو أضيف هذا العنصر إلى عناصر قاعدة التقدير المجرد ، بحيث يراعى عند المقارنة الظروف الخارجية والمستوى المهني للمسئول ، فيقارن الطبيب الريفي بطبيب ريفي مثله ، والمتخصص في المدينة بمتخصص في المدينة مثله ، لأصبحت تلك القاعدة صالحة كأساس لمعيار الخطأ الطبي (١) .

ويرى البعض الآخر (٢) - كحل لهذه المسألة - أنه يتعين النظر إلى ظروف مرتكب الفعل الضار ، لا من ناحية الأخير ، وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المصاب ، ومدى إمكان إحاطته بها، وتوقعه تأثيرها في مسلك الفاعل ، فينظر في تعيين مدى واجبات الفاعل إلى مسلك الرجل العادي ، في مثل ظروفه التي تكون منظورة للمصاب ، بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكاً معيناً .

فإذا كان الفاعل قد إنحرف عن هذا المسلك ، كان إنحرافه هذا إخلالاً بالثقة المشروعة للغير ، وإخلالاً بالواجب عليه ، وعد بالتالي

(١) راجع في ذلك مقال الأستاذ «نالك» ، في المجلة الإنتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣٧ - ص٦٢٦ ، ورسالة «مازان» - ص٢١٢ . عن د. وديع فرج - السابق - ص٣٩٩ ، ٤٠ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. سليمان مرقس - السابق - بند ٣٩٦ - ص٥١٦ ، ٥١٧ .

خطأ مستوجباً مسئوليته . فالطبيب العادى مثلاً ، وبخاصة فى الريف أو المدن الصغيرة ، لا يبعث فى النفس مثل الثقة التى يبعثها فيها الأخصائى المشهور .

ويرتب صاحب هذا الرأى على ذلك ، ضرورة تمثل الرجل العادى، فى مثل ظروف الفاعل الظاهرة ، التى يكون من شأنها أن تبعث لدى الغير الثقة فى انه سيسلك مسلكاً معيناً ، وذلك تمهيداً لمعرفة ما إذا كان مخطئاً فى مسلكه أو غير مخطئ . ومن ثم فلا يكفى – فى نظره أيضاً – أن نتمثله فى مثل ظروفه الخارجية ، بالمعنى الذى يقول به الأستاذان « مازو » .

ويستدل على سلامة هذا النظر ، بما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى الثانى من مارس ١٩٥٧ موافقاً لرأيه هذا ، حيث قررت أن المعيار فى تقدير خطأ الطبيب ، وتعيين مدى واجباته ، يكون إما بمقارنة مسلك طبيب عادى ، إذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب إخصائى مثله ، إذا وجد فى مثل هذه الظروف ؛ لأن الأخصائى محل ثقة خاصة ، لها وزنها عند تقدير معيار الخطأ، نظراً لتخصصه .

ويستطرد ، فيقول أنه لا جدال فى أن ظروف الزمان والمكان ، هى من الظروف الظاهرة ، التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ، فالطبيب الذى يجرى جراحة فى العصر الحاضر ، يكون ملزماً بما يتخذه الطبيب العادى من إحتياطات ، فى بداية القرن الذى نعيش منه .

ثم ينتهى من ذلك إلى أن الظرف ذاته يعتبر ظاهراً ، ويقام له وزن فيما يتعلق ببعض نشاط الشخص ، دون البعض الآخر ، أى فى نشاطه فقط الذى يترتب عليه فيه أن يوحى إلى الغير انه سيسلك مسلكاً معيناً ، فالعلم والتخصص مثلاً ، يقام لهما وزن فيما يباشره الأخصائى من أعمال مهنته دون غيرها . وهكذا كما أن الظرف الواحد

قد يكون ظرفاً ظاهراً غير منظور ، بالنسبة إلى شئ معين، ثم ينقلب إلى ظرف ظاهر ومنظور ، بالنسبة إلى شئ آخر . وفى هذه النسبية - والقول منسوب إلى الدكتور السنهورى - ما يجعل المقياس المجرد لوفر مرونة ، وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (١) .

١٦٧ - (٢) إنتقاد الفقه للمعيار الموضوعى رغم العمل بمقتضاه :

وعلى الرغم مما يوحى به مظهر هذا المعيار الموضوعى من عدالة ومنطق سليم ، إلا أن البعض قد إنتقده بصفة عامة ، بإعتبار أن نموذج المقارنة لن يكون إلا شخصًا نموذجيًا ، وبالتالى ، فإن هذا المعيار يكون قد قام على فكرة متجردة من أى مضمون ، وتختلف من دعوى إلى أخرى (٢) . ويرد البعض على ذلك بأن فكرة الرجل العادى ، إن كانت تعبر عن سلوك مجرد لشخصية مجردة ، إلا أنها، نفسها ، تقوم على عناصر ملموسة ، وتحتفظ معها بعلاقة سببيه . هذه العناصر تنبع من فكرة تصرف الأشخاص فى شئونهم الخاصة(٣) .

ومن ناحية أخرى ، فقد إنتقد بعضهم (٤) هذا المعيار ، لأنه لا يراعى أن الأفراد إنما ينقسمون إلى مجموعتين : الأفراد العاديون ، والأفراد المهنيون . ولا يتصور أن يتصرف الأشخاص العاديون ، كما يتصرف المتخصصون . ولذلك ، فإن فكرة الرجل العادى من شأنها

---

(١) د. سليمان مرقس - السابق - بند ٢٩٦ - ص٥١٧ ، ٥١٨ .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٧٤ - ص١٢٤ وهامش رقم (٣) . Demogue traité des obl;igations en general, TIV, P. 164 .

(٣) هشام فرعون - ص٦١ ، عبد الرشيد مأمون - بند ١١١ - ص١٤٠ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٧٤ - ص١٢٤ وهامش رقم (٤) .

(٤) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٧٤ - ص١٢٤ ، وهامش رقم (٥) BESSERVE (R.), le contrat médical, th. Paris 1955, P. 119; RAUSAT (R.), le probléme de l'inexécution du contrat et apperçu d'intérêt qu'il met en jeu, cours de dectorat,1941, 1942. P. 44 .

أن تهدر الفروق الموجودة بين الأشخاص . فإذا كان يجب أن يكون المعيار مجرداً ، فإنه يلزم فى نفس الوقت تحديد الرجل العادى ، بأنه رجل عادى من نفس الوسط الإجتماعى والفكرى ، الذى يندرج فيه المدين[1] .

وعلى ذلك ، فإن وضع معيار مقبول للخطأ ، يقتضى التمييز بين المدين المشتغل بمهنة ما من المهن ، وبين المدين العادى . فالأول يكون متخصصاً فى عمل معين : التوثيق ، أو الهندسة ، أو المحاماة ، أو الطب ... إلخ . ونتيجة لهذا التخصص ، فإن الأفراد يتوجهون إليه للقيام بعمل يتصل بمهنته ، ولذلك ، يكون من الطبيعى أن يضع هذا الشخص خبرته وفنه فى تنفيذ عمله ، دون أن يكون فى إمكانه الإدعاء بأنه لا يمتلك المقدرة اللازمة للعمل ، لأنه بإعلانه عن توافر تلك المقدرة لديه ، قد دفع أفراد المجتمع إلى التعامل معه ، على هذا الأساس[2] .

إذن ، فمن المهم أن نفرق ، فى مجال الإلتزام ببذل عناية ، بين ما إذا كان المدين غير ممتهن لمهنة ما من المهن ، وبين ما إذا كان يمارس مهنة معينة . فإذا تعلق الأمر بالحالة الأولى ، فسوف تتحدد العناية المطلوبة من المدين ، بالعناية التى يقدمها الشخص العادى ، فى نفس الظروف الخارجية . أما إذا كان المدين يمارس مهنة معينة ، فإن الأمر يختلف بحسب نوع السلوك الذى وقع من المهنى . ففى مجال النشاط الإنسانى بصفة عامة ، فإن خطأ الطبيب يقدر بنفس الطريقة التى يقدر بها الخطأ بالنسبة لجميع الأشخاص ، لأن القاضى فى هذه

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٤ – ص١٢٥ ، وهامش رقم (١) RAUSAT (R.), P. 44 .

(٢) بيسرف – السابق – ص١١٠ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٤ – ص١٢٥ ، وهامش رقم (٢) .

الحالة ، لا يتعرض للمجال الفنى ، فى تكوينه لرأيه وعقيدته [1] .

بيد أن البعض [2] من مؤيدى الرأى السابق ، يعترضون على الجزء الأخير من هذا الرأى ، إذ لا يجوز - فى نظرهم - قياس سلوك الطبيب ، حتى بالنسبة للأعمال العادية ، على سلوك الأشخاص العاديين الآخرين ، بل يجب فى جميع الأحوال أن يقاس سلوك الطبيب ، حتى فى مجال العمل العادى ، بسلوك شخص من نفس وسطه ، وليس من جمهرة الناس . وأنه من الظلم البين للمصاب بسبب سلوك الطبيب ، أن نقيس سلوك هذا الأخير ، على سلوك شخص عادى من جمهرة الناس ، محدودى الثقافة الطبية ، إذ الواقع أن الطبيب لديه من الثقافة الطبية ما يؤثر إيجاباً ، بطبيعة الأمر ، على أعماله كلها ، ومنها الأعمال العادية ، من حيث إدراكه لأهمية النظافة مثلاً ، وإحترام المواعيد ، ومراعاة النواحى النفسية ، ومشاعر المرضى، والإسراع إلى مساعدة وإنقاذ ، من يكون محتاجاً إليه .

بقيت نقطة أخيرة ، فى الإنتقادات الموجهة للمعيار الموضوعى بصفة عامة ، وهى أن هذا المعيار ينطوى على تسليم جزئى بقيام المسئولية على تحمل التبعة . وفى ذلك ، يقول الدكتور السنهورى :

« ولا نريد فى دفاعنا عن المقياس المجرد - وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء -أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسئولية على تحمل التبعة . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة ، إذا أخذ بهذا للقياس ، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه ، فيما نزل فيه عن المستوى العادى . فقد يكون إستنفذ ما فى وسعه من جهد ، وبذل ما

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٧٤ - ص١٢٦ .

(٢) صاحب هذا الإعتراض هو الأستاذ الدكتور محسن البيه .

فى طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فيعد إنحرافه عن هذا المستوى تعدياً ، ويصبح مسئولاً . ومسئوليته هنا ، إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس المجرد ، فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى ، ومن هنا يجئ تحمل التبعة ، فكأن المطلوب من الناس جميعًا ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد ، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنمًا ، ومن نزل عنه كان نزوله غرمًا . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه [١] .

١٦٨ - ثانيًا : معيار الخطأ الطبى بالنسبة للأعمال الطبية الفنية :

من المقرر فى نطاق العمل الفنى ، أن يعتد فى تقدير واجبات المهنى ، وسلوكه ، عند وقوع الضرر ، بمعيار المهنى العادى [٢] ، وهو الشخص الوسط ، من ذات الفئة التى ينتمى إليها الشخص المهنى المسئول. فالشخص الذى يتخذ لنفسه مهنة معينة ، لابد أن يعد نفسه لها الإعداد اللازم ، وأن تتم محاسبته على هذا الأساس . بل إن المهنة الواحدة قد تتضمن مستويات متعددة . ولهذا ، يتعين على القاضى أن يراعى مستوى صاحب المهنة ، عند تقدير خطئه .

والراجح فى الفقه ، هو قياس سلوك المهنى ، مرتكب الفعل الضار، بالسلوك الفنى المألوف من شخص متوسط من نفس المهنة فى علمه ، وكفايته ، ويقظته ، يوجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالمهنى ، عند أدائه لعمله [٣] .

---

(١) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥٢٨ – ص١٠٨٨ ، ١٠٨٩ .

(٢) مازو وتانك – المسئولية المدنية – بند ٥١١ – ص٥٨١ – حاشية رقم (١) . عن د.محسن البيه – السابق – بند ٧٥ – ص١٢٧ ، وهامش رقم (١) .

(٣) د. محسن البيه – السابق – بند ٧٥ – ص١٢٧ . وراجع أيضًا تعليقه الوارد فى هامش رقم (٣) .

ويتشدد بعض الفقهاء ، فى تحديدهم للمعيار الفنى لخطأ الطبيب . ويرون أنه يجب أن يتمثل فى الإنحراف عن السلوك الفنى المألوف ، أو المعتاد ، أياً كانت صورة الإنحراف [1] . فهم لا يقصرونه على مجرد « الخروج على أصول الفن أو المهنة » ، حيث يرون أن هذا المعنى الأخير ، ليس فى حقيقته ، سوى أحد الأمور التى يقتضيها السلوك الفنى المألوف من مهنى متوسط . إذ لا يجوز لهذا الأخير بعد أن تقيد بأصول مهنته فى إختيار العمل ، أن يهمل فى أدائه . ويتعين عليه ، فضلاً عن ذلك ، أن يأخذ جانب الحيطة والحذر فى تنفيذه . وحيث أن التقيد بأصول المهنة ، ليس هو الأمر الوحيد ، الذى يقدر به سلوك المعنى ، فلا يصح أن يتخذ معياراً واسعاً ، فى تقدير هذا السلوك .

والشخص الفنى الوسط ، الذى يؤخذ معياراً للخطأ المهنى ، يجب الا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقًا للقواعد المقررة فى هذا الصدد. فبالنسبة للطبيب ، فإنه يتعين النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ، أو يعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو العالم الثقة الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية ، فلكل من هؤلاء أجرة ، ولكل مستواه المهنى ، ولكل معياره الفنى [2] .

على أن درجة التخصص ، التى يتعين إتخاذها عنصراً من عناصر تحديد الخطأ الطبى ، لا تقاس فقط بالمؤهل العلمى الذى حصل عليه الطبيب ، بل يجب أن يضاف إليها ما تحصل عليه أيضًا من خبرة عملية فى علاج مرض معين . ولنأخذ مثالاً على ذلك الطبيب الحاصل على درجة الدكتوراه ، أو إحدى الدبلومات فى مرض ما من الأمراض . فمن غير المقبول أن يسوى فى المعيار بين الطبيب الحاصل على إحدى هذه المؤهلات ، والذى له الخبرة فى علاج الأمراض التى تخصص

---

(١) أحمد شرف الدين – بند ١٩ – ص٢٢٣ . و د. محسن البيه . راجع د. محسن البيه– السابق – بند ٧٥ – ص١٢٧ ، ١٢٨ ، وهامش رقم (١) .

(٢) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٥٤٨ – ص١١٤٩ .

فيها، وبين الطبيب الحاصل عليها ، وإنما ليست له خبرة علمية فيها ، بحسبانه حديث التخصص .

وغنى عن البيان ، أنه إذا كانت شهادة الدكتوراه فى الطب ، تخول لصاحبها أن يمارس كل فروع الطب ، إلا أن هذه الشهادة ، لا تخوله أن يستخدم طرقاً فنية جديدة للعلاج ، بدون إتخاذ الحيطة الواجبة ، ما لم تكن هناك حالة من حالات الضرورة ، أو وجهًا من أوجه الاستعجال [1] .

١٦٩ - قيام الطبيب بأعمال فنية مترابطة ليست كلها على مستوى التخصص الفنى الدقيق :

ليس هناك من جدال ، فى أن الحاجة إلى معيار التخصص الفنى الدقيق ، لا تعن إلا إذا كنا بصدد مباشرة الطبيب لعمل ما من الأعمال الفنية الدقيقة التى تخصص فيها . أما إذا كنا بصدد عمل ما من الأعمال الفنية العامة ، فحينئذ يتعين تقدير سلوك الطبيب المتخصص - بالنسبة لهذه الأعمال الفنية بالذات - وفقاً للمعيار الذى يتم به تقدير سلوك الطبيب العمومى ، وطالما أن العمل الذى يقوم به لا يتصل مباشرة بتخصصه [2] ..

ولكن قد يحدث أن يلتزم الطبيب بالقيام بأعمال مترابطة فنياً ، وإن كانت طبيعة بعضها تختلف عن طبيعة البعض الآخر ، بمعنى أن بعض هذه الأعمال يدخل فى نطاق التخصص الفنى الدقيق ، والبعض الآخر لا يدخل فى نطاقه . ومن أمثلة ذلك ، أن يقوم الجراح المتخصص فى أمراض القلب بإجراء جراحة فى القلب لأحد المرضى، فيقدر سلوكه بالنسبة لهذه الجراحة ، بمعيار الطبيب المتخصص . ولكنه يقوم كذلك ، وفى ذات الوقت - سواء قبل إجراء الجراحة أو

---

(١) د. محمود سعد - مسئولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه - رسالة دكتوراه - بند ٢١٦ - ص٤٠٢ .

(٢) د. محسن البيه - السابق - بند ٧٧ - ص١٣٢ .

بعدها – ببعض الأعمال العلاجية الأخرى ، التي تدخل في إختصاص الأطباء العموميين ، فكيف يمكن في هذه الحالة تقدير سلوكه ، بالنسبة لهذه الأعمال الأخيرة (١) .

ذهب البعض (٢) إلى ضرورة مراعاة إرادة المتعاقدين ، المستمدة من الظروف الملابسة ، فإذا إتجهت هذه الإرادة إلى قصر عمل الطبيب على دائرة تخصصه الدقيق ، فلن يلتزم الطبيب المتخصص بفحص الحالة الصحية العامة للمريض . فمن يتخصص في أحد الأمراض الباطنة ، فلن يلتزم بالبحث عن أمراض أخرى .

وبالعكس ، فقد يتفق المتعاقدان على أن يقوم الطبيب بعمل لا يدخل في مجال تخصصه الدقيق ، فلا يقدر هذا العمل بمقياس الأعمال الفنية التي تخصص فيها ، وإنما يعتد فقط بالمستوى العام للتخصص ، فيما قام به من عمل ، وتطرح جانباً مقاييس التخصص في الأعمال الأخرى .

ويرى بعض الفقهاء ، أن هذا الرأي غير كاف ، لأنه على فرض صحته ، فإنه لا يشمل إلا حالة وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض ، مع مراعاة أن الطبيب قد يكون ملتزمًا بعلاج المريض ، وإجراء الجراحة له ، دون أن تكون العلاقة بينهما قائمة على العقد ، بل على مجرد إلتزام قانوني يلزم الطبيب بالقيام بعلاج المريض . كما لو كانت حالة المريض تدعو إلى الإستعجال ، أو أن يكون المريض فاقد الوعي . وأيضاً ، فهناك حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام حكومي .

ولذلك ، يرى البعض (٣) أن يتبع في هذه الحالة أيضًا المعيار

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٧٧ – ص١٣٢ .

(٢) أحمد شوقي عبد الرحمن – مضمون الإلتزام العقدي – المنصورة – ١٩٧٥ – ص١٧ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٧ – ص١٣٢ ، وهامش رقم (١) .

(٣) صاحب هذا الرأي، هو الأستاذ الدكتور محسن البيه .

الموضوعى . حيث يتعين الرجوع إلى طبيعة العمل الذى يدعى المضرور خطأ الطبيب فى القيام به . وحينئذ سوف يقاس سلوك الطبيب - فى مجال هذا العمل بالذات - طبقًا لطبيعته ، وما إذا كان من الأعمال الفنية العامة ، أو التخصصية .

المبحث الثانى

موقف القضاء من معيار الخطأ الطبى

١٧٠ - أولاً : إتفاق القضاء مع الفقه فى الأخذ بالمعيار الموضوعى لتقدير خطأ الطبيب :

يتفق القضاء ، سواء فى فرنسا ، أو فى مصر ، فيما ذهب إليه من تقدير خطأ الطبيب وفقًا للمعيار الموضوعى ، ومؤداه أن يتم تقدير مسلك الطبيب ، لا طبقًا لمسلكه الشخصى ، وإنما طبقًا لما يسلكه الطبيب العادى ، والذى يتسم سلوكه باليقظة والحذر والإنتباه، مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة ، والتى تنعكس بالضرورة على مسلك الطبيب .

وعلى ذلك ، فإن معيار الخطأ الطبى ، هو الإعتماد فى تقدير خطأ الطبيب ، على مسلك الطبيب العادى ، والذى يفترض فيه أنه مثال الطبيب اليقظ ، دون إغفال الظروف الخارجية التى تحيط بالطبيب المسئول .

وطبقًا لهذا الإتجاه ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إلتزام الطبيب ، ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، إنما هو إلتزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة ، يقظة ، تتفق فى غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى ، وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى ، أياً كانت درجة جسامته (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٧١/١١/٢١ - السنة ٢٢ - الجزء الثالث - ص١٠٦٢ .

كما قضت بأن مسئولية الطبيب ، وإن كانت لا تقوم فى الأصل ، على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، إلا أنه يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه . ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية ، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علمًا ودراية ، فى الظروف المحيطة به ، أثناء ممارسته لعمله ، مع مراعاة تقاليد المهنة، والأصول العلمية الثابتة ، وبصرف النظر عن المسائل التى إختلف فيها أهل هذه المهنة ، لينفتح باب الإجتهاد فيها (١) .

وأيضاً ، فقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المبدأ ، بقولها :

المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، أن الأصل فى مسئولية الطبيب أنها لا تقوم على الإلتزام بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، وإنما على الإلتزام ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه . وواجبه فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ فى مستواه المهنى علمًا ودراية . فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول أثناء ممارسته لعمله ، ملحوظًا فى ذلك كله تقاليد المهنة ، والأصول العلمية الثابتة ، فإذا إنحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب ، فعندئذ يعد إنحرافه خطأ يستوجب مسئوليته ، عن الضرر الذى يلحق بالمريض(٢).

كما قضت بأن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية ، فيسأل عن كل خطأ يقع منه جسيمًا كان أو يسيراً ، طبقًا للأصل العام الذى رددته المادة ١٦٤ مدنى ، وهو أن يسأل الشخص عن خطئه ، أياً كانت درجته ، دون تفرقة بين درجة هذا الخطأ . وإنما المعيار فى تقدير خطأ الطبيب ، وتعيين مدى واجباته يكون إما بمقارنة مسلك طبيب عادى إذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب أخصائى

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٣/٢٢ - السنة ١٧ - الجزء الأول - ص٦٣٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - جلسة ١٩٨٩/٢/١٦ - س٥٨ق - الطعن رقم ٥٧٢ .

مثله ، إنما وجد في مثل هذه الظروف ، لأن الأخصائي محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير معيار الخطأ نظراً لتخصصه ، كما أنه إذا كانت المحكمة تتطلب من القاضي الا يوغل بنفسه في فحص النظريات العلمية المختلف عليها ، ومناقشتها ، وأن يوازن هو بينها ، ويرجح إحداها على الأخرى ، ترجيحاً يبني عليه حكمه في خطأ الطبيب ، ومساءلته عن هذا الخطأ ، إلا أنه ليس معنى هذا أن القاضي ممنوع من تقدير الخطأ بمعياره القانوني الواجب ، أو أن الطبيب لا يسأل عن خطئه الثابت ولو كان يسيراً ، بل المقصود من ذلك أن القاضي يجب أن يستخلص الخطأ ، بمعياره المحدد آنفاً ، من وقائع واضحة ثبت منها أن مسلك الطبيب ، عادياً كان أو أخصائيًا ، بحسب الأحوال ، كان مسلكاً يتنافى مع الأصول الثابتة المقررة في المهنة ، والتي لا يحتاج القاضي في التثبت منها إلى الخوض في مناقشة نظريات علمية ، أو أساليب مختلف عليها ، فإذا ما ثبت خطأ الطبيب على هذا النحو ، وجب مساءلته عنه ، أياً كانت درجته ، جسيماً كان أو يسيراً .

١٧١ - ثانيًا : موقف القضاء من مسألة الظروف الخارجية المحيطة بمسلك الطبيب بوجه عام :

إستقرت أحكام القضاء ، سواء في فرنسا أو في مصر ، على وجوب الإعتداد بالظروف الخارجية المحيطة - عند تقدير مسلك الطبيب - وهي الظروف المستقلة عن شخصيته ، مثل خطورة الحالة، وما قد تستلزمه من إسعافات سريعة ، في ظل ظروف غير مواتية ، وغير ذلك من الظروف التي لا تتعلق بشخص الطبيب، سيما وأن الإعتداد بها لا يتعارض والطبيعة الموضوعية المجردة لقياس الخطأ ، الأمر الذي وضح من خلال العديد من الأحكام القضائية .

ومن هذه الظروف ظرف الإستعجال . فقد قضى بأنه يخلي الجراح من المسئولية ، عندما يترك في جوف المريض قطعة من القطن أو الشاش ، أثناء إجراء عملية جراحية على درجة كبيرة من الخطورة ،

بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة ، أو أن الظروف التى أجرى فيها العملية ، ما كانت تساعده على القيام بعمله على أكمل وجه . فمتى كانت هذه الحال ، فإن نسيان قطعة القماش أو القطن ، يعتبر مجرد حادث جراحى ، لا يسأل عنه الجراح [1] .

أيضًا ، فيستطيع الطبيب ، فى مثل هذه الأحوال ، أن يستغنى عن موافقة المريض ، الأمر الذى يعد خطأ فى الظروف العادية ، كما يمكنه أن يستغنى عن إجراء فحص إشعاعى مسبق ، إذا كانت هناك ضرورة لإجراء عملية جراحية عاجلة ، ودون إمكان إنتظار إجراء هذا الفحص [2] .

وبالعكس ، يكون الطبيب مخطئًا إذا نسب إليه إهمال أو عدم إحتياط ، لا يبرره أى ظرف إستثنائى . ومن ذلك ، أن يقوم بفحص المريض ، بطريقة غير دقيقة ، أو أن يهمل الأخذ بالمعلومات الضرورية والمعتبرة ، أو لم يلجأ إلى الوسائل الخاصة بالرقابة التى يتطلبها العلم[3] ، لم يمنعه من ذلك ظرف إستثنائى ، أو حالة إستعجال .

ومن هذه الظروف كذلك ، ظروف المريض ذاته ، كأن يكون مسنًا، ولا تسمح حالته بإتخاذ الإجراء الذى يتم إتخاذه ، إذا لم يكن المريض مسنًا .

وعلى ذلك ، فقد عرضت فى فرنسا ، دعوى طبيب نسب فيها

---

(١) محكمة إستئناف «باريس» فى ١٦ ابريل سنة ١٩٣٣ – دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٣٢١ . عن خطاب ورزيق – السابق – ص١٩٦ .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٦ – ص١٤٩ ، وهامش رقم (٥) Davai 24 janv. 1933, S, 1933, 2,213 .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٦ – ص١٥٠ ، وهامش رقم (٣) Trib. civ., Grenoble, 4 nov, 1946, D. 1947, 79 .

إليه أنه فى علاجه لمصاب كسرت رجله فى حادث ، لم يضع عظمتى الساق متقابلتين ، كما تقضى بذلك القواعد الأولية لفن الجراحة ، بل وضعهما الواحدة فوق الأخرى ، مما تسبب عنه عاهة مستديمة ، تمثلت فى قصر ساق المصاب . ولكن تبين من تقارير الأطباء أن الطبيب المعالج قد إضطر إلى الإجراء الذى قام به إضطراراً ، بسبب كبر سن المريض ، حيث كان فى الثالثة والثمانين من عمره ، وكانت الحالة لا تسمح بإحتمال إجراء عملية جراحية عادية . وبالنظر إلى هذه الإعتبارات ، فقد رفضت المحكمة دعوى المصاب (١) .

كما يجب أن يؤخذ فى الإعتبار كذلك ظروف الزمان والمكان الذى يجرى فيه العلاج ، فلا يؤاخذ الطبيب الذى يجرى علاجه فى قرية نائية بعيداً عن المستشفيات ، والزملاء ، والمعدات ، التى يضعها العلم الحديث تحت تصرفه ، من أشعة ، وطرائق للتحليل ، وغير ذلك من وسائل الفحص والعلاج (٢) .

وعلى العكس من ذلك ، فقد أخذت محكمة النقض المصرية الطبيب بخطئه فى التصدى لفحص المريضة ، وعدم إحالتها إلى القسم المختص لفحصها . وواضح من ذلك إعتداد المحكمة بعدم فحص المريضة بمعرفة القسم المختص بالمستشفى ، رغم عدم توافر الظروف الإستثنائية التى تستدعى ذلك (٣) .

وأخيراً ، فيدخل فى هذه الظروف ، ما يعترض الطبيب من

---

(١) محكمة «ليون» ، فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ (بوميرول ص١٥٧ – ١٥٨) . وأيضاً محكمة «روان» ، فى ٢١ أبريل سنة ١٩٢٣ (سيرى ١٩٢٤ – ٢ – ١٧) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٥٥ ، وهامش رقم (٤) .

(٢) أنظر لاكاس – ن ٧٨ ، ومحكمة «باريس» ، فى ٤ مارس سنة ١٨٩٨ (سيرى – ٢ – ٩٠) وفى ٦ يونيو سنة ١٩٢٣ (دالوز ١٩٢٤ – ٢ – ١١٧) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٥٥ ، وهامش رقم (٥) .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٣/٢٢ – السنة ١٧ – العدد الثانى – ص٦٣٦ .

ظروف إستثنائية ، تجعله يحار في الحالة التي أمامه ، وتبرر خروجه على الأصول الثابتة ، وإن كان يشترط لعدم إعتباره مخطئاً في هذه الحالة ، أن يكون قد قام بما ينبغي عليه من عناية ، وأن يبذل جهوداً خالصة لقصد العلاج [1] . ومن ذلك الإستعانة بطبيب آخر لإجراء التشاور ، أو مساعدته في التشخيص والعلاج .

هذه هي الظروف الخارجية التي ينبغي أن يقام لها وزن ، عند تقدير خطأ الطبيب . أما الظروف الداخلية ، كالتكوين الجسماني للطبيب ، وعاداته ، وصفاته النفسية ، فلا يمكن الأخذ بها ، أو وضعها في الإعتبار عند تقدير مسلكه ، إذ هي ظروف داخلية ، أو شخصية .

١٧٢ - ثالثاً : تقدير مسلك الطبيب الأخصائي :

في إطار تحديد المعيار الذي يتم به تقدير مسلك الطبيب ، برزت مسألة التخصص ، وهل يمكن إعتبارها ظرفاً من الظروف الخارجية، التي يتعين أن يقام لها وزن عند تقدير مسلك الطبيب الأخصائي ، أم أنه سيبقى الإصرار على إعتبارها مجرد ظرف من الظروف الداخلية الخاصة بالطبيب ، والتي ينبغي عدم وضعها في الإعتبار عند تقدير مسلك مثل هذا الطبيب ؟ مع الوضع في الإعتبار، أنه في الفرض الأخير - وكما قلنا سلفاً - فإنه سوف يلحق عدد كبير من الأطباء ظلم ليس بقليل ، إضافة إلى ما في ذلك من إهدار لقصد المتعاقدين ، وبصفة خاصة المرضى الذين لا يلجأون إلى الطبيب الأخصائي لشئ ، إلا لثقتهم فيه ، بالنظر إلى تخصصه . ذلك أنه من المعلوم أن المريض عندما يختار طبيبه ، فإنه يقدر عادة كل مؤهلات وصفات ذلك الطبيب ، والتي يعرفها عنه ، فكيف ، والحال كذلك ، تهدر كل تلك العناصر ، عند تقدير مسلكه ، بمقولة

---

(١) د. محمود سعد - السابق - بند ١٥ - ص٤٠١ - عن د. محسن البيه - السابق - بند٨٦ - ص١٤٩ ، ١٥٠ .

لن هذه الصفات تعد من الظروف الداخلية ، المرتبطة بشخص الطبيب للسئول ، وهو اسلفنا الإشارة إليه تفصيلاً .

وعلى اى الأحوال ، فلقد فطنت محكمة «مصر» إلى ما يمكن ان يكون عليه هذا الأمر من الغرابة والشذوذ ، فقررت صراحة « أنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين ، يجب إستعمال منتهى الشدة فى تقدير لخطائهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص ، والإعتناء ، وعدم الإهمال فى المعالجة » (1) .

وبطبيعة الحال ، فلقد كان قصد المحكمة من هذه العبارات ، هو لفت النظر إلى ضرورة تعيين واجبات الطبيب الأخصائى بالذات ، لا بالمقارنة بمسلك أى طبيب أخر من الأطباء العاديين ، بل بالمقارنة بمسلك طبيب أخر مثله ، من الأطباء الأخصائيين .

على أن البعض من الفقهاء ، لم ترق له هذه النظرية – والتى وضع أساسها القضاء المصرى – وراح يوجه إليها العديد من الإنتقادات . ومن هذه الإنتقادات :

١- قيل أن من شأن هذه النظرية ، التى تحاسب الطبيب على الخطأ اليسير ، حتى فيما هو من صميم فنه وعلمه ، ولا تشترط فى سبيل ذلك إلا أن يكون الخطأ ثابتًا ثبوتاً كافيًا ، أن يؤدى إلى إعتبار الطبيب الذى يقدم على أى علاج يحتمل معه أقل إحتمال حصول ضرر للمريض ، مسئولاً عن ذلك الضرر !! وأنه لا يعتقد فى ظل هذه النظرية أن كثيراً من الأطباء ، وعلى الأخص الجراحين ، يجرأون على مزاولة مهنتهم ، تحت تهديد كهذا (2) .

---

(1) محكمة إستئناف «مصر» الأهلية فى ٢ يناير سنة ١٩٣٦ – منشور فى المجموعة الرسمية – السنة السابعة والثلاثون – رقم ٩٢ – ص٢٦٠ وما بعدها .

(2) د. وديع فرج – السابق – ص ٤٠٢ . د. محسن البيه – السابق – بند ٦٧ – ص ١٣٠-١٣١ .

٢- أن هذه النظرية تتعارض مع وحدة معيار الخطأ ، فهى تصل بنا إلى نتيجة مؤداها توافر الخطأ فى جانب الطبيب الأخصائى ، مع إنعدامه فى جانب الطبيب العادى . وأنه وإن كان الطبيب العمومى لم يصل إلى نفس درجة التخصص التى للطبيب الأخصائى ، إلا أن الخطأ الطبى واحد فى الحالتين . ومن هنا وجب أن يكون معيار الخطأ الطبى واحداً ، سواء أكان مرتكبه طبيباً عمومياً أو أخصائياً ، فالطبيب الأخصائى هو طبيب عام بالدرجة الأولى (١) .

على أن هناك أيضًا ، من يؤيد هذا الإتجاه القضائى ، ويتصدى للدفاع عن نظريته ، فهو يرى أنه إذا كان كل من الطبيب العادى والأخصائى يسأل عن خطئه اليسير ، دونما تفرقة بينهما من حيث درجة الخطأ التى يسأل عنها ، فإن طريقة تقدير الخطأ تختلف بالنسبة لكل منهما . ومعنى أن يقاس خطأ الطبيب بمعيار موضوعى هو أن يقارن مسلكه بمسلك الرجل اليقظ ، إذا وجد فى ظروف خارجية مماثلة لظروف الفاعل ، بصرف النظر عن العوامل الداخلية الخاصة بشخص الفاعل (٢) .

ومن مقتضى ذلك ، أن يتم تقدير مسلك الطبيب العادى ، قياساً على مسلك طبيب عادى مثله ، وتقدير مسلك الأخصائى بمسلك أخصائى مثله « لأن التخصيص وإن كان صفة تدل على زيادة العلم - وهو أمر باطن- إلا أنها صفة خارجية ، من حيث أنها ظاهرة للملأ، وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الأخصائى ، فيجب أن يقام

---

(١) عن د. محمود سعد - السابق - بند ٢١٧ - ص٤٠٤ وهامش رقم (١) : H.Lalou . Traité pratique de la resp. civ. ed. Paris, 1955. Op. cit. P. 332. N. 926. Bis

(٢) د. سليمان مرقس - تعليق- مجلة القانون والإقتصاد - س٧ - ص٦٤٥ . من هنا الرأى : «مازو وتانك» - المسئولية المدنية - بند ٥١١ - ص٥٨٣ « فى الواقع يجب أن نكون أكثر شدة فى مواجهة المتخصص فى مجال تخصصه » . عن د.محسن البيه - السابق - بند ٧٦ - ص١٣١ ، ١٣٢ ، وهامش رقم (٤) .

لهذه الصفة وزن فى تقدير خطأ الأخصائى ، فيقارن تصرفه بمسلك طبيب لخصائى مثله ، ويحاسب عن كل ما يعتبر من الأخصائى خطأ ولو يسيراً ، وإن كان وقوعه من طبيب غير إخصائى لا يعتبر خطأ . وهنا وجه التشدد فى تقدير خطأ الأخصائى [١] .

١٧٢ - رابعًا : مدى الإعتداد بالعادات الطبية عند تقدير خطأ الطبيب :

لعل الإعتداد بالعادات الطبية ، عند تقدير خطأ الطبيب ، يجد سنده ، فى تلك الخشية التى مردها إلى ما سوف يسلكه القاضى – عند تعيين مدى الواجبات التى يلتزم بها المدعى عليه فى دعوى المسئولية – من إعتبار نفسه الرجل العادى ، الذى ينبغى أن يقاس عليه مسلك المدعى عليه . وهو ما يؤدى – بطبيعة الحال – إلى أن يصير القضاء ، فى دعاوى المسئولية ، متأثراً بالمميزات الشخصية لكل قاض على حدة ، فتختلف الأحكام من قاض إلى آخر ، لا بحسب المميزات الخاصة بأشخاص المسئولين من الأطباء ، بل بحسب الصفات والميول الشخصية للقضاة ، مع ما فى ذلك من مجافاة للعدالة .

لذلك يكون أمن طريق للأخذ بالمعيار المادى ، دون الوقوع فى هذا العيب الأخير، هو أن يعول القاضى فى تعرف مسلك الطبيب على العرف والعادات الخاصة بمهنة الطب ، فى ظروف معينة ، بقطع النظر عما يفعله هو لو وجد فى هذه الظروف ، فإن رجوع القاضى فى تعيين واجبات الطبيب إلى ما جرت عليه عادة الأطباء ، فى ظروف معينة ، أقرب إلى الحقيقة والواقع ، من أن يتخيل هو طبيباً عادياً ، أو أن يضع نفسه موضع المدعى عليه فى ظروفه .

---

(١) قرب د. سليمان مرقس – السابق – ص٤٤٦ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٧٦ – ص١٣٢ ، وهامش رقم (١) .

وبصفة عامة ، فإنه لا غضاضة فى الرجوع فى ذلك إلى العادات ، طالما انها تمثل ما يجرى عليه أوساط الناس فى كل بيئة ، أو مهنة على حدة . فكثيراً ما جرى المشرع على تقنين هذه العادات ، ومنها تقنينه لآداب مهنة الطب (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة «بونتواز» الفرنسية ، بأن على الطبيب أن يختار العلاج ، وينفذه وفقاً للعادات التى يتبعها الطبيب العادى (٢) .

كما قضى بعدم مساءلة الطبيب ، فى حالة معالجة نزيف الشرج الداخلى ، بإستعمال جهاز الكى الكهربائى ، على الرغم من حدوث إنفجار فى الأمعاء فى الجلسة الثالثة ، مما سبب إنفصال القولون ، والتهاب الغشاء البريتونى ، ووفاة المريض فى خلال ٢٤ ساعة ، مادام أن العلاج قد تم وفقًا لطريقة علمية صحيحة . كانت شائعة بين الأطباء الأخصائيين فى ذلك الحين ... (٣) .

ومع ذلك ، فقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى أنه لا يكفى أن يكون سلوك الطبيب مطابقًا للعادات المهنية كى يعفى من المسئولية ، متى كانت هذه العادات تتعارض مع قواعد التبصر والحيطة ، أو كانت غير قائمة على ضمانات كافية (٤) .

وقد إنتقد الفقيه «تانك» هذا الحكم ، لأنه يخالف المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، التى تحدد مضمون إلتزام المهنى على

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – بند ٢٩٧ – ص٥١٩ .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – هامش رقم (٤) ص١٢٨ Bontoise, 20 févr, 1980, 11,1,95 .

(٣) محكمة «باريس» ، فى ١٠ يونيو سنة ١٩٥٢ – سيرى سنة ١٩٥٢ – الجدول الأبجدى – ص٦٤. عن خطاب ورزيق – السابق – ص١٩٢ .

(٤) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨١ – ص١٢٨ ، وهامش رقم (٥) Paris 25 avril 1945, D. 1946,1,190, note A.Tunc .

أساس ما يفعله المهنى الوسط.. وهو لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقاً للعادات المهنية . وقد أيدت أحكام لاحقة من القضاء الفرنسى[١] رأى الفقيه «تانك» . وهكذا ، فإن الثابت الآن هو الإعتماد على العادات المهنية ، فى تقدير سلوك الطبيب الوسط ، فماذا يقصد بهذه العادات المهنية .

إن أول ما يجب أن ننتبه إليه ، هو أن هذه العادات تختلف تماماً عن العادات القانونية التى تشكل عرفاً يرتبط بالطب الإنسانى ، والتى قد تكون قننت فى جانب كبير منها [٢] . ولذلك ، فإن الذى يقصد بالعادات المهنية الطبية هنا - التى يتبعها الطبيب الوسط - تلك الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمى ، التى يأتيها الأطباء عن إدراك ، حيث يعتد حينئذ بمجموع العناصر التى تواجهها هذه الممارسة نفسها .

ذلك ، أنه من البديهى ، أنه بمرور الوقت ، فإن الممارسات العملية تتعدل ، أو تلغى ، وتحل محلها ممارسات أخرى ، أكثر تطابقاً مع المكتسبات العلمية والفنية الحديثة . ولذلك يكون لهذه العادات الطبية مصدراً مزدوجاً ، فى نفس الوقت ، أحدهما نظرى ، والآخر عملى ، وما ذلك إلا بسبب الصفة الخاصة ، التى تميز النشاط الطبى .

والحقيقة ، أنه مهما كانت الأهمية النظرية للفكرة ، وعمق المرحلة التجريبية ، التى تتضمن الجزء المتعلق بالعادة الطبية ، فإن التطبيقات فقط هى التى تسمح بالحكم على قوة ، وفاعلية طريقة من طرق العلاج . فالغالب ، أنه بعد إستعمال طريقة طبية مدة طويلة ،

---

(١) محكمة «بونتواز» فى ١٩٨٠/٢/٢ وقد سبقت الاشارة إليه . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٨١ - ص١٣٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) بينو - المسئولية الطبية - بند ٦٨ - ص٨٢ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٨١ - ص١٣٩ ، وهامش رقم (٣) .

من الممكن أن تظهر لها مخاطر رغم أنه عند نشأتها ، ويعد التجارب الأولى ، حكم بأنها جديرة بكل تأييد .

وبفرض تجاوز هذه المرحلة ، فإن الدواء ، والآلات الطبية والفنية ، لن تواجه أبداً منعزلة ، بل سوف تندمج فى مجموعة من التطبيقات التى تحدد مدى فائدتها فى تخفيف الآلام ، أو شفاء المرضى . وهكذا ، فإن العادات الطبية سوف تتولد من خلال ممارسة مناهج تشخيص أو طرق علاج معينة ، ولن تظهر هذه العادات إلا بالتدريج ، وتتعدل بإستمرار ، بسبب ما يسجل عليها من ملاحظات ، وما تم من ممارسات وبحوث ، وعلى إثر ظهور أدوية ، أو طرق فنية جديدة . وبالتالى ، فإن طريقة ما من طرق العلاج أو التشخيص ، قد تكون فى وقت معين مقبولة ، ويتم تعليمها لطلاب الطب ، تصبح بعد عدة سنوات أو شهور متنازع فيها بشدة ، وقد يصل الأمر إلى النصح رسمياً بعدم اللجوء إليها .

ومع ذلك ، فتجدر ملاحظة أن عادة جديدة من عادات السلوك الطبى ، لا تحل هكذا فجأة محل عادة أخرى قديمة ، بل كثيراً ما يقوم نوع من التواجد المشترك المؤقت ، للعادتين معًا . وخلال هذه الفترة الإنتقالية ، فإن لجوء الطبيب إلى العادات القديمة يمكن أن يشكل خطأ، إلا أنه فى أغلب الأحوال يكون سلوك الطبيب ، المطابق للعادة القديمة مشروعاً (١) .

وغنى عن البيان ، أنه توجد عادات قبيحة ، أو مخالفة لما تقضى به قواعد الأخلاق ، أو المبادئ القانونية الأولى ، ففى هذه الحالة ، يتعين

---

(١) إن الذى يحدث أن يستمد الطبيب ، من النظريات والطرق المختلفة ، التى يتزود بها خلال تعليمه الجامعى ، وأيضاً بعد تلك الفترة ، من خلال المنشورات العلمية والمؤتمرات ، والأشكال المختلفة للتعليم ، بعض الثوابت التى يمكن إعتبارها عادات حقيقية (بينو - المسئولية الطبية - بند ٧٠ - ص٨٤) . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٨١ - ص١٣٩ ، ١٤٠ ، وهامش رقم (١) .

على القاضى ، أن ينقى العادات من شوائبها قبل أن يأخذ بها ، لأن وظيفته لا تقتصر على تقصى العادات وتطبيقها ، بل أن له أن يأخذ منها فقط بما يراه عادلاً ، وفى مصلحة المجتمع . فإذا جرت عادة الأطباء والجراحين على أن يتصرفوا فى اداء أعمالهم الفنية ، بطريقة تخالف حسن التبصر ، تعين على القاضى أن يطرح هذه العادة ، وألا يعول عليها فى تعيين مسلك الطبيب (١) .

١٧٤ - التفرقة بين العادات الطبية ومجرد ممارسة الرأى :

يرى بعض الفقهاء ، أنه من الضرورى أن يتم التمييز بين ما هو عادة طبية بالمعنى الصحيح ، وما يعد مجرد ممارسة للرأى . هذه التى تختلف بإختلاف الأشخاص والمذاهب ، حيث يترتب على ذلك بدرجة كبيرة تقدير أهمية وقيمة العادات ، على كل من المستويين الفقهى ، والقضائى .

ذلك أنه من المتصور أن يكون هناك عديداً من الآراء المختلفة ، الصادرة عن كبار العلماء ، تعتمد على دراسات وإحصائيات . وتبدو للبعض وكأنها الصواب بعينه . وهى تتعلق إما بطرق العلاج والتشخيص نفسها ، وإما بالمخاطر ، أو الإنعكاسات ، أو التناقضات ، التى تترتب على طرق معينة للعلاج ، حينئذ سوف نكون أمام مجرد ممارسات للرأى - وليست عادات - تقوم على بعض الفروض النظرية ، وعلى خبرة عملية شخصية ، أو قد تكون أحياناً تعبيراً عن شخصية الطبيب ، بقدر ما تمثل إختياراً أو ، ممارسة فردية .

هنا ، وقد وضحت أهمية إبراز هذه التفرقة ، بل أمكن تفسير الغموض والتناقض الذى إكتنف بعض أحكام القضاء الفرنسى ، فتارة يعتبر الطبيب مخطئاً لعدم إتباعه عادة ، وتارة أخرى يعتبره مخطئاً لإتباعها ، بإعتبار أن ذلك يعد تهوراً منه .

---

(١) د. سليمان مرقس - السابق - بند ٢٩٧ - ص ٥١٩ .

ومن أمثلة ذلك ، ما قضت به محكمة «باريس» فى ٢٥ ابريل سنة ١٩٤٥ ، من أن العادة التى إستند إليها الطبيب لا تكفى لنفى الخطأ ، وذلك فيما يتعلق بالإشراف ربع السنوى على المتبرعين بالدم ، حيث أن جانباً يعتد به من أساتذة الطب ، يقدرون عدم كفاية هذا الإجراء المعتاد ، فى ضوء الوسائل الفنية المتاحة فى ذلك الوقت ، والتى تكفل توفير الحماية للمرضى . وقد رأى الأستاذ «تانك» ، ويؤيده فى ذلك الأستاذ «بينو» ، أن الطبيب لم يستند هنا ، فى حقيقة الأمر ، إلى عادة طبية ، وإنما إلى مجرد ممارسة رأى . ولذلك كان طبيعيًا أن تنتهى المحكمة إلى ما إنتهت إليه (١) .

فالقضاء هنا يرفض ليس الإستناد إلى العادات الطبية الحقيقية، وإنما إلى ممارسات الرأى ، ذات الأساس غير الكافى ، والتى يتبعها الطبيب ، دون حذر .

وترتيبًا على ذلك ، يكون من المفيد جداً التفرقة بين هذه العادات الطبية ، ومجرد ممارسة الرأى ، حيث يتمتع القضاء فى مواجهة هذه الأخيرة بسلطة تقديرية كبيرة ، ويتطلب من الطبيب حرصًا فى إختيارها وإستعمالها ، فى ضوء المعطيات العلمية ، والفن القائم .

على أنه يتعين التحرز من أن يؤدى ذلك إلى إدانة كل ممارسة للرأى ، دون تمييز ، لمجرد أنه ترتب عليها ضرر بالمصادفة ، لأن مثل هذا التشدد ، قد يفضى إلى وقف ، أو عرقلة التطور الطبى ، ومن ثم ينعكس فى النهاية على المرضى .

والحقيقة ، كما يراها البعض (٢) ، هى أن الطبيب الذى يفضل

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٢ – ص١٤٢ ، وهامش رقم (١) Paris, 25 avril 1945, S. 1946,2,29.

(٢) بينو – المسئولية الطبية – بند ٧٢ – ص٨٦ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٢ – ص٨٦، وهامش رقم (١) .

تطبيق ممارسة رأى ، مخالفًا بذلك عادة ثابتة ، يمكن إفتراض أنه مخطئ ، ويجب عليه ، إن أراد دحض هذه القرينة ، أن يثبت أنه بذل العناية الواجبة فالطبيب الذى إتبع مجرد « ممارسة رأى » ، يجب أن يقدم إثباتاً دقيقًا ومحدداً ، ليس على إمتناع الخطأ ، وهو أمر مستحيل ، وإنما بإثبات أنه قد إستوفى فى سلوكه العناية الكافية . ولا شك أن هذا الإثبات سوف يكون يسيراً نسبياً ، لو كان قد إعتمد على ممارسة رأى ، مؤسسة على معطيات دقيقة جادة وراجحة ، أو على مقدمات نظرية من نفس الطبيعة ، وأدوات عالية الجودة .

هذا ، وقد لوحظ على أحكام القضاء الفرنسى ، إصدار قرارات غير سديدة ، بشأن عادات طبية حقيقية ، الأمر الذى كشف عن تدخل حقيقى للقضاء فى المجال العلمى والفنى . وهو غير جائز . فهو يقرر فى بعض الأحكام ، أن ترك الطبيب لإجراء من إجراءات التشخيص ، ليس من قبيل الممارسات العادية لعمله ، ولذلك ، فإن هذا الترك يعد طبقاً للعادات الطبية خطأ (١) .

وفى وقت لاحق ، قررت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية (٢) ، أن الجراح يكون مرتكبًا لخطأ ، عندما يقوم بعملية تخدير موضعى ، عند غياب طبيب التخدير الذى يتولى إفاقة المريض من المخدر ، بالرغم من أن سلوك الجراح كان متفقًا مع عادة ثابتة وعامة ، تتبع ما لم يكن التدخل الجراحى خطيراً .

ويتضح من هذا الموقف ، أنه يتناقض مع العديد من القرارات

---

(١) وهذا الحكم صدر على إثر الطعن فى حكم صادر من محكمة «تولوز» عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٣ – ص١٤٣ ، ١٤٤ ، وهامش رقم (١) Req. 22 avril 1941, J.C.P. 1941,11,1718, Toulouse, 25 mai 1938, J.C.P. 1938, 2,364 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٣ – ص١٤٤ ، وهامش رقم (٢) Civ. 27 janv. 1970, D. 1971, somme 70, J.C.P. 1970, 11, 16422, note Rabut. Rejetant le pourvoi contre : Paris, 23 avril 1968, J.C.P. 1968, 11,15625.

القضائية الأخرى ، التى لا تعترف بحرية القاضى فى تقدير العادات الطبية ، حيث يمتنع عليه أن يتدخل فى فحص النظريات الطبية ، وطرق العلاج محل الخلاف . ذلك أن تقدير القاضى للعادات الطبية ، يعد من المسائل الفنية ، التى قد تنتهى إلى الإعتراف له بسلطة رفض العادات ، أياً كان أساسها الفنى ، متى قدر أنها تخالف الحذر والحرص المطلوب من الطبيب .

وطبقاً للبعض ، فإنه إذا كان يوجد فى بعض الأوقات تصادم بين المفاهيم والنظريات والنتائج والنماذج المتباينة ، فإن ذلك لا يكشف عن عادة حقيقية ، وإنما عن مجرد ممارسة رأى ، لأن العادة عندما تثبت بصفة حقيقية ، يتم التعبير عنها من الجهات العليا ، من خلال التعليم الجامعى ، والمنشورات ، والإعلانات الطبية [1] .

وهكذا ، فإن العادة الطبية تمثل الإنعكاس الصحيح للممارسة من قبل مهنى مقتدر ، ومراعاة عادة طبية من قبل طبيب ، يعد ، دون شك ، سلوكاً غير خاطئ. والقول بغير ذلك يعنى هجر معيار الرجل العادى أو الوسط ، أى أنه فى هذا المجال ، ستكون واجبات الطبيب المقتدر ، غير محددة .

صفوة القول إذن ، أن العادات الطبية الحقيقية متى كانت مؤكدة، فإنها تحدد تحديداً صحيحاً نطاق واجبات الطبيب الوسط . ورقابة هذه العادات ، من حيث وجودها وحقيقتها يمثل مسألة قانونية ، يختص بها القاضى . وتقتصر حرية القاضى فى التقدير ، فقط ، على حالة وجود مجرد ممارسة رأى . وهو يستطيع أن يستعين فى هذا التقدير بالخبراء ، فالعادات ، هى إذاً ، النسيج الوحيد الذى يلتزم الطبيب قانوناً بمطابقة سلوكه له ، دون ممارسة الرأى [2] .

---

(١) بينو – المسئولية الطبية – بند ٧٤ – ص٩٠ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٣ – ص١٤٥ ، وهامش رقم (١) .

(٢) بينو – المسئولية الطبية – بند ٧٦ – ص٩٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٨٣ – ص١٤٥ ، ١٤٦، وهامش رقم (١) .

الفصل الرابع
الخطأ الطبى الجراحى

الفصل الرابع

الخطأ الطبى الجراحى[1]

١٧٥ - تمهيد وتقسيم :

قد يقع الخطأ الجراحى من الطبيب الجراح وحده ، فيكون الخطأ فردياً ، وقد يقع من أعضاء الفريق الطبى ، فلا يكون الخطأ فردياً ، بل جماعياً [2] ، ويصطلح الفقه على تسميته « بخطأ الفريق الطبى ».

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى فرعين ، وذلك على النحو التالى :

- الفرع الأول : خطأ الجراح « الخطأ الفردى » .
- الفرع الثانى : خطأ الفريق الطبى .

---

(١) قبل معالجة الخطأ الطبى الجراحى ، نقرر أن الجراح لا يعد مرتكبًا لجريمة الجرح العمد ، وذلك استناداً إلى الترخيص القانونى المعطى له . وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض بأن الطبيب الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً ، لأن قانون مهنته - اعتماداً على شهادته الدراسية - قد رخص له فى إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى . وبهذا الترخيص وحده ، ترفع مسئوليته عن فعل الجرح (نقض الطعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٢ق - جلسة ٢٤/ ١٠/ ١٩٣٢ - مجموعة القواعد - جزء ٢ بند ١ - ص ١٠٣٩ . عن د. محمد حسين منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص ١٥٢، وهامش رقم ٢٠)

(٢) الواقع ، أنه يجب عدم الخلط بين الفريق الطبى L'equipe médicale ، والطب الجماعى La medcine de groupe . ففى الحالة الأولى ، يشترك أكثر من طبيب فى نفس التخصص فى علاج الحالة . هنا يشترك الجميع فى تحمل نفس المسئولية عن الضرر الناجم عن الخطأ المشترك ، أو التضامن بحسب الأحوال . أما الحالة الثانية ، فيوجد أكثر من طبيب فى نفس الموقع . يؤدى كل منهم خدمة مختلفة عن الآخر ، إلا أنها خدمات متبادلة ومتكاملة فيما بينهم وهنا يظل كل منهم مسئولاً عن نتائج تدخله . عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٩٢ .

الفرع الأول
خطأ الجراح
« الخطأ الفردى »

١٧٦ - الخطأ الفردى التقصيرى والخطأ الفردى العقدى :

عندما يشارك عدد من الأطباء فى إجراء عملية جراحية للمريض، ثم يرتكب أحدهم خطأ يسبب ضرراً للمريض ، فإنه يكون مسئولاً ، عقدياً أو تقصيرياً ، عن تعويض هذا الضرر . وهنا نكون أمام خطأ فردى ، سواء لم تثر غير مسئولية هذا الفرد ، أو ثارت مسئولية غيره، فيكونون مسئولين بالتضامم أو بالتضامن ، على حسب الأحوال .

ومع ذلك ، فإن الغالب أن يتعاقد المريض مع الجراح فقط ، ثم يقع له الضرر ، فيرجع على هذا الأخير بالتعويض ، دون أن يعتد بما إذا كان هو الذى إرتكب الخطأ الذى سبب له الضرر مباشرة ، أو كان مرتكب هذا الخطأ أحد أعضاء الفريق الطبى الآخرين ، الذين يعملون مع ذلك الجراح .

وأكثر ما تثور هذه المشكلة بالنسبة للجراح ومعاونيه ، ومنهم بصفة خاصة ، طبيب التخدير والإنعاش .

ويبرر البعض تركيز المسئولية على عاتق الجراح وحده ، دون بقية أفراد الفريق الطبى ، بالقول بأنه هو الذى ينال الشهرة والمجد ، فى حالة نجاح العمل الطبى ، وفى مقابل هذا الشرف الكبير ، يكون من المنطقى أن يتحمل وحده عبء الفشل (١) .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٢ – ص٦٠ ، وهامش رقم (١) Charies VILAR, l'évolution des responsabilité du chirurgien et de l'anésthesiste, R.T. 1974, P. 739, surtout, n° 5, p. 742 .

والحقيقة ، أن التمسك بخطأ الجراح وحده ، وتركيز المسئولية على عاتقه ، يختلف تبريره القانوني ، بحسب ما إذا كنا بصدد مسئولية تقصيرية ، أم مسئولية عقدية .

هذا ، وقد رأينا أن نخصص مبحثًا لكل من هذين النوعين من الخطأ : التقصيري والعقدي . كما رأينا أن نخصص مبحثاً ثالثًا للتطبيقات القضائية الخاصة بالخطأ الجراحي الفردي .

المبحث الأول
الخطأ الفردي التقصيري

١٧٧ - الجراح هو الممثل الحقيقي للفريق الطبي :

الواقع ، أنه مع تطور الفريق الطبي ، من حيث عدد الأعضاء ، وتنوع الإختصاصات ، تتعدد الفروض التي ينسب فيها الخطأ إلى الجراح . سواء إرتكب هذا الخطأ بفعله الشخصي ، أو بإعتباره مسئولاً عن فعل الغير ، كالمرضين ، وغيرهم من المساعدين الذين يستخدمهم .

وجدير بالذكر ، أن الطبيب الجراح ، يسأل هنا عن فعل الغير ، في إطار المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني الفرنسي (١) ، والمادة ١٧٤ من القانون المدني المصري . أي أن الخطأ هنا يكون مفترضاً .

وفيما يلي ، نتولى بيان كل من مسئولية الجراح عن فعله الشخصي ، ومسئوليته عن فعل الغير .

١٧٨ - أولاً : مسئولية الجراح عن فعله الشخصي :

الجراح في عيادته الخاصة ، هو الذي يعتني بالمريض ، ويلجأ إلى طلب المساعدة من الغير ، والذين يكونون عادة من غير الأطباء ، كما أن مساعدتهم له تكون محدودة ، كالممرضة التي تقوم بإعداد الحقنة المخدرة ، والتي يكون الجراح قد حدد لها محتواها من قبل . أما الجراح فلديه الرؤية الكاملة عن العملية التي يقوم بها مع مساعديه، وهو وحده الذي يستطيع إتخاذ القرارات الملزمة لهم . وكل هذا يدفع إلى تحديد خطأ هذا الجراح ، من أجل تركيز المسئولية على عاتقه .

---

(١) ڤيلار – بند ٦ – ص١٧٤٢ ، سافاتييه ، المسئولية المدنية – بند ٧٩٦ – ص٤٠٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٤ – ص٦١ ، وهامش رقم (١) .

وخطأ الجراح ، هنا ، لا يتعدى إحدى صورتين ، نعرض لهما فيما يلي :

١٧٩ - الصورة الأولى : صدور أمر غير صحيح من الجراح إلى المساعدين :

لا جدال ، في أن الجراح الذي يصدر أمراً إلى مساعديه ، يترتب على قيامهم بتنفيذه حدوث ضرر للمريض ، ثم يثبت أن سبب هذا الضرر ، راجع إلى عدم صحة الأمر الصادر إليهم . يكون الخطأ هنا هو خطأ الجراح الذي قام بإصدار الأمر ، وليس خطأ المساعد الذي قام بالتنفيذ .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ، حكم صدر من محكمة الإستئناف العليا الكويتية - الدائرة التجارية الأولى ، في ١٩٨٩/٢/٦[١] . وتتلخص وقائع هذا الحكم ، في أنه عندما أجرى جراح متخصص جراحة لشخص ، لعلاج كثرة إفراز كف اليد للعرق، نتج عن ذلك إصابته بشلل عضوي كامل في عضلات الكتف، والمرفق الأيمن ، وشلل جزئي في عضلات الجفن ، واليد اليمنى .

وفي هذه الدعوى ، تم القضاء إبتدائياً ، وإستئنافياً ، بأن المسئول عن هذه الأضرار هو الجراح الذي أجرى العملية ، ورأس الفريق الطبي الذي شاركه فيها ،حتى ولو كان المضاعفات قد حدثت أثناء نقل المريض من غرفة العمليات ، إلى غرفته في جناح المريض ، لأن مسئولية الجراح ليست قاصرة على إجراء الجراحة ، بل تمتد إلى مباشرة علاج المريض ، والإشراف عليه فيما بعد ، ومن ثم فإن ركن الخطأ يكون قد ثبت في حقه ، ويكون مسئولاً عن تعويض المضرور .

---

(١) إستئناف كويتي ، في ١٩٨٩/٢/٦ - رقم ١١٥٢ ، ١٩٨٨/١٢٥٧ تجاري ، غير منشور - عن د. محسن البيه - السابق - بند ٣٦ - ص٦٤ ، وهامش رقم (٢) .

وبالنسبة لمسئولية الجراح عن فعل أعضاء الفريق ، فقد أوضحت المحكمة أن الجراح ، كرئيس للفريق ، أمر بنقل المريض من غرفة العمليات إلى غرفته فى الجناح ، خلافاً للأصول الفنية المتبعة فى هذا النقل ، لأنه لم يصدر التعليمات إلى أعضاء فريقه ،حول كيفية نقل المريض إلى غرفته (١) .

وقد عرضت على القضاء الفرنسى واقعة ، تتعلق بأخصائى نساء وولادة ، قام بنقل سيدة توحى ولادتها بالصعوبة إلى إحدى المستشفيات التى يعمل بها . وقد أمر الممرضة بتخديرها ، بينما باشرت القابلة التى سوف تساعده ، مهمة تعقيم الأدوات الجراحية ، التى يتعين إستخدامها فى العملية الجراحية . وبينما تهيأت القابلة لتبريد الأدوات فى ماء معقم ، إقترحت عليها الممرضة ، ضرورة إستعمال مادة الأثير . وعند إمتثالها لهذا الإقتراح المتهور ، قامت بسكب الأثير على هذه الأدوات الساخنة ، مما أدى إلى إشتعال الأثير فى الحال . وتحت تأثير الصدمة ، قذفت بقارورة الإيثير ، والتى إنكسرت على الأرض ، محدثة إنفجاراً هائلاً ، دفع بالطبيب ومعاونيه إلى الهرب ، تاركين المريضة المخدرة ضحية للنار التى إلتهمتها (٢) .

وقد أدانت المحكمة كل من الطبيب والقابلة ، ولكن محكمة الإستئناف برأت الطبيب ، بسبب أنه لا يمكن أن يفرض على طبيب ، يمارس عملية جراحية عسيرة ، كالولادة بالجفت ، أن يراقب كل أفعال وتصرفات مساعديه . إلا أن محكمة النقض أدانت الطبيب على أساس أنه كان ينبغى عليه أن يراقب تهيئة الظروف التى سيتمكن من خلالها من مباشرة عمليته الجراحية ، وعلى وجه الخصوص تعقيم الأدوات التى سيستخدمها . ومن جهة أخرى ، إذا كان العمل قد إستقر

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٣٦ – ص٦٣ ، ٦٤ .

(٢) عن د. الشوا – السابق –بند ٧٥ – ص٨١ ، ٨٢ .

على أن يعهد الأخصائيون إلى معاونيهم ، أو إلى ممرضيهم بالقيام ببعض الأعمال المادية ، إلا أنهم لا يستطيعون فعل ذلك ، بالنسبة لأعمالهم الخطيرة ، والجسيمة (١) .

أيضاً ، فإذا كان القضاء الفرنسي يقيم تفرقة بين الرعاية الواجبة على الجراح ، بعد إجراء العملية الجراحية ، وبين أفعال التمريض اللاحقة عليها (٢) ، فيعتبره مسئولاً عن الأولى ، دون الثانية، والتى تقع على عاتق هيئة التمريض بالمستشفى الذى تتم فيه الجراحة ، إلا أنه لم يطبق هذه التفرقة ، فى الفرض الذى يكون فيه وضع قرب الماء الساخنة ، قد جاء بناء على تعليمات صادرة من الجراح وفى وجوده « تعليمات غير صحيحة » . لأنه فى هذا الفرض « فإن مهمة تدفئة المريض ، لا تدخل مطلقاً فى الإطار الطبيعى لأفعال التمريض الملقاة على عاتق المرضة ، ولكنها تشكل حينئذ إمتداداً مباشراً للعملية الجراحية التى باشرها الجراح ، والذى مازال محتفظاً بسلطته فى الإدارة والإشراف ، بالنسبة لأفعال العلاج التى يأمر بها (٣) .

---

(١) Casse. Crim 9 mai 1956. J.C.P. 1966 - 11- 9435. obs. R. Savatier عن د.الشوا – السابق – بند ٧٥ – ص٨٢ ، وهامش رقم (٢) . وقد ذهب جانب من القضاء الفرنسى إلى إمتداد مسئولية الجراح عقب إجراء التدخل الجراحى ، حيث أنه يجب على الطبيب أن يتأكد من تنفيذ العلاج المقرر ما بعد العملية الجراحية . وأن الطبيب الجراح مسئول عن الأخطاء التى ترتكبها المرضة ، ليس فقط خلال العملية ، بل حتى عند الإعتناء بالمريض ، بإعتبار ذلك إمتداداً للعملية الجراحية ، لأن الطبيب الجراح هو وحده الذى يعطى التعليمات الخاصة بتلك العناية . عن د.محمود سعد – السابق – بند ٨٤ ، وهامش رقم (٢) ، (٣) .

(٢) وقد جاء هذا التمييز من قبل القضاء ، بصدد الحد من الإتجاه الذى كان يجعل الطبيب ، فى كل الأحوال ، مسئولاً عن العناية الواجبة بعد إجراء العملية الجراحية. سيما وأن طائفة العناية الإستشفائية ، والتى تقوم بها المستشفى ، تبدو غامضة (J. Bardoul : p. cit. P. 119) عن المراجع السابق – بند ٨٦ – ص١٦١ ، وهامش رقم (١) .

(٣) راجع : Paris 4 fév. 1957. J.C.P. 1957 - 11- 9844 عن د. الشوا – السابق – بند ٧٩ – ص٩١ ، وهامش رقم (٢) .

وعلى ذلك ، يمكن التمييز ، فى هذا الصدد ، بين فرضين :

أولهما : حيث تكون الدفاية المستعملة – أياً كانت درجة حرارتها – موضوعة فى سرير المريض ، لتدفئة جسمه البارد ، بواسطة المخدر ، فالأمر يتعلق عندئذ بعناية طبية ، يسأل عنها الطبيب [1] .

وثانيهما : حيث تكون الدفاية المستعملة موضوعة فى سرير المريض ، بناء على طلبه ، لشعوره بأن درجة الحرارة منخفضة ، فعندئذ يتعلق الأمر بأعمال إستشفائية – وليست عناية طبية علاجية – تسأل عنها المستشفى [2] .

١٨٠ - الصورة الثانية : صدور أمر صحيح من الجراح مع تنفيذ سئ من قبل المساعد [3] :

عندما يقوم المساعد بتنفيذ أمر الجراح الصحيح بطريقة سيئة، هنا أيضاً يمكن ان ينسب إلى الجراح خطأ ، تترتب عليه مسئوليته فى مواجهة المضرور .

وقد يتمثل هذا الخطأ ، فى انه لم يكن حاضراً فى أثناء تنفيذ المساعد للأمر الذى أمره به ، حيث ان من هذه الأوامر ، ما يجب ان يتم تنفيذه فى حضور الجراح ، مصدر الأمر .

فلو أمر الجراح ممرضاً متخصصاً فى التخدير ، بتخدير المريض، فإن تنفيذ هذا العمل يجب أن يتم فى حضور الجراح ، وتحت رقابته المباشرة ، طالما أن الذى يقوم به مجرد مساعد طبى ،

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٨٦ – ص١٦١ ، وهامش رقم (٢) Trib. Civ. Paris. 4.2.1957. D : 1957.2.271 .

(٢) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٨٦ – ص١٦١ ، وهامش رقم (٣) J.Ambialet : Op. Cit. P. 96 .

(٣) " l'ordre donné est mal éxécute " .

وليس طبيب تخدير . ويستطيع الجراح ، متى كان حاضراً ، أن يتدخل فى هذا العمل ، فى أية لحظة ، طبقاً للقواعد القانونية الخاصة فى هذا الشأن ، والتى تعطيه هذا الحق ، بل تفرضه عليه كواجب[1] .

وجدير بالذكر ، أنه فى هذه الحالة ، فإن الغالب أن يفضل المريض التمسك بخطأ الجراح ، ومن ثم مسئوليته عن الضرر الذى لحق به .

ويرجع ذلك عادة إلى أن الجراح فى نظر المريض ، هو الأكثر ملاءة من مساعديه . كما أن دور الجراح ، كما تحدده النصوص فى مواجهة مساعديه ، من شأنه تيسير إثبات خطئه ، حيث إنه يكون ملتزماً بالإشراف عليه ، ورقابته أثناء قيامه بالعمل ، فإذا كان التنفيذ معيباً ، فما ذلك إلا نتيجة القصور ، من جانب الجراح ، فى الإشراف على المساعد ، ورقابته .

ومع ذلك ، فإن جانبًا من الفقه [2] ، وبعض أحكام القضاء [3] ، يرون أن هذه الحالة تندرج ضمن حالات المسئولية عن فعل الغير ، طبقًا للمادة ١٣٨٤/ ٥ من القانون المدنى الفرنسى [4] ، والتى تقابلها المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى .

على أن هذا التحليل ، يفتقر إلى التبرير الكافى فى كثير من الحالات ، حيث أن ما ينسب إلى الجراح ، هو خطأ راجع لفعله الشخصى ، والمتمثل فى القصور فى الرقابة والإشراف .

---

(١) فيلار – المقالة السابقة – بند ٩ – ص٧٤٤ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٥ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٥ ، وهامش رقم (٣) R. SAVATIER, l'évolution de la responsabilité du médcin anesthésite, chaier laennec, juin 1938, n° 2, P. 53 .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٥ ، وهامش رقم (٤) : Bourges feivr. 1938, C.P. 1938, 1, 723 .

(٤) التى تقابلها المادة ١٧٤ مدنى مصرى ، والمادة ٢٤٠ مدنى كويتى .

ففى حالة إجراء التخدير بواسطة مساعد الجراح ، فإن هذا العمل لا يجب أن يتم إلا تحت إشراف مباشر من الجراح ، الذى يراقب العمل، ويتدخل فيه فى أية لحظة . فإذا تم بطريقة غير صحيحة ، فيؤخذ على الجراح حينئذ أنه لم يحسن مراقبة عملية التخدير ، بل كانت رقابته سيئة ، بحيث لو كان قد راقب العمل مراقبة جيدة ، وبما يتوافر لديه من اختصاص وخبرة ، كان يستطيع أن يكشتف علامات الفشل عند المريض ، فى وقت مناسب ، ويتجنبها .

ولا شك أن أمثال هذه الحالات ، تشكل خطأ شخصياً ، يسأل من إرتكبه طبقًا للمادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ مدنى فرنسى ، والتى تقابلها المادة ١٦٣ مدنى مصرى .

ولذلك ، يرى البعض (١) ، بحق ، أن الموقف السابق ، من شأنه أن يؤدى إلى الخلط بين المسئولية عن الفعل الشخصى ، والمسئولية عن فعل الغير ، طبقاً للمادة ١٣٨٤/ ٥ من القانون المدنى الفرنسى .

كما يقدر البعض الآخر (٢) ، أن من الأفضل عندما تتركز المسئولية على عاتق الجراح ، أن نبحث عن خطئه الشخصى ، أولى من أن نلجأ إلى المسئولية عن فعل الغير ، ويبدو ذلك مفضلاً ، فى كل مرة يمكن أن يثبت فيها إهمال فى جانب الجراح .

ويقوم هذا التفضيل على سببين : الأول ، أن المسئولية عن الفعل الشخصى ، تشكل منطقياً القاعدة العامة فى المسئولية ، إذا ما قورنت بالمسئولية عن فعل الغير ، التى تعتبر مسئولية إستثنائية .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٦ ، وهامش رقم (٢) " L.KORNPROBST " la responsabilité médicales .

(٢) ڤيلار – المقالة السابقة – بند١٠ – ص٧٤٥ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٦ ، وهامش رقم (٣) .

والثانى ، أن المسئولية عن الفعل الشخصى توفر أفضل حماية للمضرور فى بعض الأحوال . إذ أنه فى ظل المسئولية عن فعل الغير سيجب عليه أن يثبت خطأ أحد أعضاء الفريق الطبى ، وهذا ليس بالأمر الميسور دائمًا ، حيث إن هذا العضو يمكن أن يأتى بسلوك عادى ، يعتبر فى نطاقه المحدد ، صحيحاً ، ولكنه غير متناسب مع الحالة الخاصة لمن تجرى له العملية . ولهذا أوضحنا من قبل أن الجراح هو الذى تتوافر لديه نظرة شاملة للعملية ، ويكون له بالتالى، أن ينظم ويوجه الأنشطة المختلفة لأعضاء الفريق . فمن المتصور أن تتم مجموعة من الأعمال الناجحة فنياً فى ذاتها ، ومع ذلك ، تكون النتيجة المترتبة عليها جميعاً فاشلة . وهكذا ، فإن البحث عن الخطأ الفردى للجراح ، يعفى من إقامة الدليل على خطأ الفريق الطبى .

كما أن التركيز على المسئولية الشخصية للجراح ، يسمح أيضاً بإعفاء المضرور من عبء إثبات وجود رابطة تبعية بينه وبين أعضاء الفريق . ذلك أن إثبات وجود هذه العلاقة ، يكون صعبًا فى بعض الأحوال ، بسبب تنوع النظم القانونية داخل الفريق الجراحى . فيوجد، فى داخل هذا الفريق ، مساعدون مستقلون ، أو ماجورون ، وأطباء من تخصصات مختلفة ... إلخ (١) .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة «بوردوى» الفرنسية ، من أنه تعتبر المرضة قد إرتكبت خطأ واضحاً يستوجب مساءلتها ، عندما تعطى المريض ، من تلقاء نفسها ، حقنة فى العرق ، بدون إستشارة الطبيب ، أو بناء على أمره ... كما يكون الجراح مسئولاً ، إذا ما أمر المرضة ، بأن تعطى المريض دواء معيناً، دون أن يحذرها من عدم إعطائه عن طريق العرق (٢) .

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٣٧ – ص٦٦ ، ٦٧ .

(٢) المحكمة المدنية «بوردو »، فى ١٦ يناير سنة ١٩٥٠ – دالوز سنة ١٩٥٠ – ص١٢٢ .
عن خطاب وزريق – السابق – ص١٨٠ .

١٨١ - ثانيًا : مسئولية الجراح عن فعل الغير :

إن اللجوء إلى المسئولية عن فعل الغير ، يرتبط بتطور فكرة الفريق الجراحى ، فقد مرت هذه الفكرة بعدة مراحل ، من حيث وجود أشخاص يقدمون مساعدة عرضية ، إلى القيام بدور محدود ، ثم أصبحت توجد مجموعة مستمرة ومنظمة ، تتوزع العديد من المهام فى داخلها ، وهى مهام لا يستطيع الجراح وحده أن يقوم بها .

وقد تزايد أعضاء الفريق بصفة مستمرة ، وأصبحوا أكثر تأهيلاً: منهم المساعدون الطبيون ذوى المؤهلات ، والأطباء المتخصصون ، كطبيب التخدير والإنعاش . وإذا كانت المسئولية الشخصية للجراح تبقى ممكنة ، إلا أن هذا التطور قد أدى إلى تزايد دور أعضاء الفريق ، وتزايدت بالتالى فرص إنعقاد مسئولية أعضاء هذا الفريق . ولذلك يجد المضرور نفسه ، أمام العديد من الأشخاص ، من الممكن توجيه طلبه بالتعويض إلى أكثر من واحد منهم . وحينئذ ، فإن اللجوء إلى المسئولية عن فعل الغير ، يسمح بتركيز المسئولية على عاتق الجراح كرئيس للفريق .

إن تطبيق المادة ١٣٨٤/ ٥ من القانون المدنى الفرنسى ، وما يقابلها فى القانون المصرى ، يستلزم وجود رابطة تبعية ، بين التابع المخطئ ، والمتبوع المسئول مدنيًا . ولقد أثار وجود هذه العلاقة فى داخل الفريق الجراحى ، مشكلتين : الأولى ، تتعلق بتحديد المتبوع بالنسبة لأعضاء الفريق ، هل هو الجراح أم المستوصف ؟ . والثانية ، تتعلق بمدى جواز أن يكون الطبيب تابعًا لطبيب أخر ، وخاصة فى العلاقة بين الجراح ، وطبيب التخدير والإنعاش (١) .

وفيما يلى ، نتناول كل من هاتين المشكلتين، لنبحثهما بشئ من التفصيل :

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٣٨ – ص٦٧ ، ٦٨ .

١٨٢ - (أ) تحديد المتبوع من بين أعضاء الفريق الطبى :

إن المساعدين الطبيين ، بوجه عام ، عمال أو موظفون ، عهد بهم مدير المستوصف إلى الجراح ، فإنهم يكونون تحت السيطرة القانونية لهذا المدير . وفضلاً عن ذلك ، فإن المستوصف هو الذى يحدد مهمة كل واحد منهم . ورغم ذلك ، يكون هؤلاء المساعدون ، على الأقل خلال العملية الجراحية ، خاضعين دون شك ، لسلطة الجراح (١) .

ويرى البعض (٢) ، بناء على هذا التحليل ، أن الجراح لا يكون مسئولاً عن فعل مساعديه ، إلا إذا كان هو ، فى نفس الوقت مدير المستوصف ، إذ أن صفة المدير تجب ، فى هذه الحالة ، صفة الجراح .

١٨٣ - الجراح كمتبوع عرضى بالنسبة لمن يعمل معه من الممرضين والممرضات :

فرق بين تبعية الممرض لإدارة المستوصف الذى يعمل فيه ، وبين تبعيته للجراح داخل صالة العمليات ، فطبقاً لنظرية المتبوع العرضى، يعتبر تابعًا ذلك الشخص ، الذى دون أن يرتبط بالمتبوع العرضى برابطة خضوع عادية ومستمرة ، فإنه يكون فى مركز من توجه إليه الأوامر والتعليمات من المتبوع (٣) .

ومن أمثلة ذلك ، طبقاً لعدد من أحكام القضاء الفرنسى ، حالة

---

(١) فيلار : المقالة السابقة – بند ١٢ – ص٧٤٦ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٩ – ص٦٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٣٩ – ص٦٨ ، وهامش رقم (٣) . KORNPROBST, op. cit, n° 360

(٣) أحمد شوقى عبد الرحمن ، مسئولية المتبوع بإعتباره حارساً – ١٩٧٦ – بند ٤٤ – ص٤٣ « وتتوقف مسئولية المتبوع العرضى على وجود رابطة التبعية ، فإذا تخلف أحد عناصرها ... ، فإن المتبوع المعتاد يظل مسئولاً » . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٠ – ص٦٩ ، وهامش رقم (١) .

موظفى المستوصف ، الذين يوضعون تحت تصرف الجراح ، أثناء العملية الجراحية .

فالجراح فى صالة العمليات ، هو السيد المطاع ، وبالتالى تنعقد مسئوليته عما يتم تنفيذه من أعمال . ويكفى لإعتبار المرضين تابعين للجراح ، أن يثبت أنهم خاضعون لرقابته وإشرافه ، خلال عملية خاصة [1] .

ويجب أن يثبت أن إدارة المستشفى الخاص ، قصدت أن تتخلى للجراح عمالها من سلطة فى الإشراف على المرضين ، ورقابتهم . ولهذا ، فإذا كان المرضة التابعة للمستشفى أصبحت لحظة إجراء العملية الجراحية ، تحت إشراف ورقابة الجراح الذى يجريها ، والذى لا تربطه مع إدارة تلك المستشفى علاقة تبعية ، فإن تبعية هذه المرضة للمستشفى ، تصبح لا وجود لها ، إلا بعد الإنتهاء من ذلك العمل الجراحى [2] .

وتطبيقاً لتلك القاعدة ، والتى سار عليها [3] الفقه ، فقد يتحمل المسئولية عن فعل المرض ، تارة المستشفى بإعتباره المتبوع الأصلى، وتارة أخرى الجراح ، بإعتباره المتبوع العرضى .

ومن الواضح ، أن معيار تقرير هذه التبعية، هى سلطة الإشراف

---

(١) وبالعكس ، لو وجد تنفيذ سئ فى العناية اللاحقة للعملية الجراحية ، فإن الإتجاه المعاصر ، هو إعتبار المستوصف هو المتبوع ، وليس الجراح . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٤٠ - ص٦٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. محمود سعد - السابق - بند ٧٦ - ص١٤٩ ، وهامش رقم (١) : (Het L) mazeaud : traité théorique de la resp - civ - ed . Paris, 1965. Op. Cit. P. 961. . ets. N. 894

(٣) عن د. محمود سعد - السابق - بند ٧٧ - ص١٤٩ ، وهامش رقم (٢) .M. Savatier : traité de la resp. civ. en droit français . (2. wd). Paris, 1951. P. 304. . N. 315 .

والرقابة على ذلك التابع ، فحيث وجدت تلك السلطة لدى أيهما ، إعتبر مسئولاً عن الأفعال غير المشروعة لذلك الممرض ، طالما كان حدوث تلك الأفعال ، قد تم فى أثناء العمل ، الذى عهد به إليه .

وأيضاً ، فقد ذهب القضاء (١) فى فرنسا ، إلى أنه فى حالة وضع التابع تحت تصرف متبوع آخر ، فإن المتبوع الأصلى يسأل ، إذا نجم الضرر عن الأفعال الخاطئة لهذا التابع ، طالما أن المتبوع الأصلى لم يتخل عن تلك الصفة ، ولا يعفى من المسئولية ، إلا إذا أثبت أن من وضع التابع تحت تصرفه قد إكتسب سلطة الإشراف والرقابة على ذلك التابع ، بإعتباره متبوعاً عرضياً .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، فى واقعة رئيسة الممرضات بإحدى المستوصفات ، قامت بحقن مريض من أجل تخديره ، قبل إجراء العملية الجراحية له مباشرة . وقد نشأ عن هذا الحق شلل فى ذراع المريض ، فقاضى الجراح ، فقضت محكمة الإستئناف على هذا الأخير ، على أساس المادة ١٣٨٤/ ٥ من القانون المدنى الفرنسى ، أى على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال التابع ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم ، لأن رئيسة الممرضات قد مارست عملها ، وهو حقن المريض بالمخدر ، لحساب الجراح ، وبناء على أمر منه ، وفى حضوره ، وفى نفس حجرة العمليات الجراحية . وإذا كانت الممرضة تابعة بصفة عادية للمستوصف ، فقد وضعت خلال العملية الجراحية ، تحت تصرف الجراح ، من أجل مساعدته . من هذه الوقائع ، وبسبب رابطة التبعية الموجودة بين الجراح والممرضة ، فإن المسئولية عن أفعال هذه الأخيرة ، التى تقع عادة على عاتق

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٨٣ – ص١٥٦ ، وهامش رقم (٢) Cass. Civ. : 27.3.1982. S : 1928.1.229 . Cass. Civ. : 28.1.1935. S : 1935.1.141 .

المستوصف ، تكون فى هذه الحالة محولة إلى عاتق الجراح ،بإعتباره متبوعاً عرضياً » (١) .

وقد ذهب جانب من القضاء الفرنسى (٢) ، إلى إمتداد مسئولية الجراح ، عقب إجراء التدخل الجراحى ،حيث أنه يجب على الطبيب أن يتأكد من تنفيذ العلاج المقرر ما بعد العملية الجراحية ، وأن الطبيب الجراح مسئول عن الأخطاء التى ترتكبها الممرضة ليس فقط خلال العملية ، بل حتى عند الإعتناء بالمريض ، بإعتبار ذلك إمتداداً للعملية الجراحية ، لأن الطبيب الجراح ، هو وحده ، الذى يعطى التعليمات الخاصة بتلك العناية (٣) .

١٨٤ - (ب) مدى جواز القول بوجود علاقة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير:

كانت التبعية الإدارية للطبيب ، أمر مقبول ، طالما أن الطبيب يقوم بعمله لحساب غيره ، كمستوصف أو مستشفى ، أو غيره ، فإن التبعية الفنية للطبيب قد أصبحت مثاراً للجدل . وقد اثيرت هذه المسألة ، بوجه خاص ، فيما يخص العلاقة ما بين الجراح ، وطبيب التخدير والإنعاش .

ففى مجال القانون الفرنسى ، فقد إعترض البعض على هذه التبعية ، متمسكاً فى هذا الصدد بالمادة التاسعة من قانون الصحة

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٠ – ص٦٩ ، ٧٠ ، وهامش رقم (٣) Civ. 15 Nov. 1955. D. 1956, 113 note SAVATIER, J.C.P. 1956, 11, 9106, note Rodière .

(٢) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٨٤ – ص١٥٨ ، وهامش رقم (٢) Trib. Civ. Paris : 18.6.1962. J.C.P. : 1962. IV. 118. Trib. Civ. Paris : 5.1.1945. D : 1945. 242 .

(٣) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٨٤ – ص١٥٨ ، وهامش رقم (٣) Trib. Civ. bourges : 2.2.1938. Gaz. pal. : 1938.1.723 .

الفرنسى ، والتى تقرر عدم إمكانية « تصرف الطبيب فى إستقلاله المهنى ، تحت أى شكل من الأشكال » .

كما يشير البعض الآخر هنا ، إلى أن من الممكن إنعقاد مسئولية الطبيب بإعتباره متبوعًا ، والتابع له طبيب أخر ، حيث إن الإستقلال المهنى للأطباء ، لا يتقرر إلا بالنسبة للفنيين المتازين منهم (١) .

ويضيف بعضهم أيضاً (٢) ، أن من الممكن مساءلة الجراح عن عمل طبيب التخدير ، بإعتبار الأول متبوعاً ، والثانى تابعاً ، متى ثبت وجود علاقة تبعية بينهما ، بأن يكون الجراح قد إستقدم طبيب التخدير من أجل خدمته ، فيتحمل حينئذ مخاطر ما يرتكب من أخطاء . وفى هذه الحالة ، ليس من المهم أن يكون طبيب التخدير متخصصاً ، مادامت مسئولية المتبوع تتقرر لمصلحة المضرور . وهكذا ، متى ثبت إختيار الجراح لطبيب التخدير ، فإنه يكون مسئولاً عن أفعاله ، طبقًا للمادة ١٣٨٤/٥ من القانون الفرنسى ، التى تنظم مسئولية المتبوع عن أفعال التابع . فى بعض الفروض ، نجد الطبيب الجراح هو صاحب السيطرة الكاملة فى صالة العمليات الجراحية ، ويتصرف مع طبيب التخدير من هذا المنطلق ، بحيث يكون دور الأخير محدوداً، وتتركز علاقة المريض بالجراح . وحينئذ يكون طبيب

---

(١) ڤيلار – المقالة السابقة – بند ١٥ – ص٧٤٧ . ويعتقد الدكتور محسن البيه ، ان هذا الراى لا سند له ، حيث إنه يقيم تمييزاً بين الأطباء فيما يتعلق بإمكانية إعتبار أحدهم، متبوعاً ، رغم عمومية النص ، وعدم وجودما يفيد تخصيصه بالأطباء الفنيين الممتازين . راجع د. محسن البيه – السابق – بند ٤١ – ص٧٠ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤١ – ص٧٠ ، وهامش رقم (٣) Jean . Pierre KARAQUILLO. Les responsabilités civiles médicales découlant de l'acte d'anesthèsie. D. 1974. P. 138. surtout n° 5 .

التخدير مجرد عنصر خاضع مع غيره من بقية أعضاء الفريق، لسلطة الجراح رئيس الفريق (١) .

١٨٥ - تطور النظرة إلى دور طبيب التخدير والإنعاش :

إذا كان هذا هو رأى الفقه فى الماضى ، فيما يتعلق بدور ومسئولية طبيب التخدير ، فقد حدث تطور فى الرأى ، بالنسبة لهذه المسألة ، نظراً للدور الذى أصبح يقوم به طبيب التخدير فى الوقت الحاضر .

فبعد أن كان التخدير فى الماضى عملية ثانوية ، يقوم بها الجراح نفسه ، أو أحد مساعديه ، أصبح الآن فناً يقوم به المتخصصون ، وأصبح طبيب التخدير والإنعاش ، يحتل مكانة مرموقة بين الأطباء ، وبعد أن كان من يقوم بالتخدير مجرد تابع ، يقتصر دوره على ضمان عدم تألم المريض ، وثباته أثناء العملية الجراحية ، إمتد إختصاصه كى يشمل تنظيم تنفس المريض ، ودورته الدموية أثناء الجراحة ، وبذلك ، فإنه يساهم فى الوقاية من الأزمات الجراحية . فمن الأمور التى لا يمكن إنكارها ، فى الوقت الحاضر ، تزايد أهمية دور أطباء التخدير ، فقبل إجراء العملية الجراحية ، أصبح من واجب طبيب التخدير أن يجرى للمريض العديد من الفحوص الحيوية والفنية الدقيقة ، كما يقع عليه ، بعد إجراء العملية ،عبء العمل على إفاقة المريض ، وهى عملية على درجة كبيرة من الخطورة . وأثناء العملية الجراحية ، فقد تطور دوره ، كما نحو ما أوضحنا . وبفضل

---

(١) ڤيلار - المقالة السابقة - بند ٣٨ - ص٧٥٦ R. SAVATIER, sécurité humaine. D. 1967, chro. P. 39, n° 73 .

ففى صالة العمليات ، يكون الجراح مثل قبطان السفينة ، له كل السلطة على طاقمها ، أما طبيب التخدير ، فيكون مثل الضابط الميكانيكى على السفينة ، له أهمية ، ولكن ليست له القيادة . راجع د. محسن البيه - السابق - بند ٤١ - ص٧٠ ، ٧١ ، وهامش رقم (١) .

هذا التطور ، صار من الممكن إجراء عمليات جراحية أكثر تعقيداً ، وتستغرق مدة طويلة ، بحيث تضاءلت أهمية عنصر سرعة وبراعة الجراح ، أمام تطور فن التخدير.

وفضلاً عن ذلك ، فقد صدرت فى فرنسا بعض القوانين الخاصة، التى تنظم عمل أطباء التخدير والإنعاش ، بطريقة يمكن معها الجزم، دون مبالغة ، بأن مكانة طبيب التخدير ، والإنعاش ، قد أصبحت الآن ، لا تقل أهمية عن مكانة الطبيب الجراح .

وكان من نتائج ذلك ، فى فرنسا ، أن شركات التأمين تشترط ، لقبول التأمين ، ضد مسئولية الجراحين ، أن يوجد معهم طبيب تخدير ، كما ظهرت عقود خاصة بأطباء التخدير ، فضلاً عن إجتهاد القضاء لمعاقبة عدم إلتزام الجراح باللجوء إلى طبيب تخدير ، عند إجراء العملية الجراحية (١) .

وفى أمريكا اللاتينية ، يعطون لطبيب التخدير ، رئاسة صالة العمليات الجراحية ، بحيث تصبح الجراحة فرعاً من التخدير (٢) .

وقد كان لهذا التطور تأثيره على بعض أحكام القضاء الفرنسى ، حيث قررت عدم مسئولية الجراح عن أخطاء طبيب التخدير . فقد قضت محكمة «إكس» (٣) ، أن « وظائف الجراح وطبيب التخدير والإنعاش ، بالرغم من إتجاهها إلى نفس الهدف ، فإن إحداهما لا تخضع مطلقًا للأخرى ، وذلك فى ظل حالة التطور المعاصرة للفن الطبى ، حيث نشأ عن ذلك عدم وجود إشراف للجراح على الأشياء التى تستعمل فى التخدير ، من قبل طبيب التخدير ، كما لا يعنى

---

(١) د. محسن البيه – السابق – هامش رقم (٢) ص٧٢ .

(٢) د. محسن البيه – السابق – هامش رقم (١) ص٧٢ .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٢ – ص٧٢ ، وهامش رقم (٣) Aix. 26 nov. 1969. la presse médicale, 17 janv. 1970, 134, note L.K. .

الجراح بإفاقة المريض من الجراحة ، لأن عبء مراقبة المريض ، بعد إنتهاء الجراحة . وخروجه من حجرة العمليات ، يقع على طبيب التخدير وحده » .

وقد تأكد الإستقلال بين الجراح وطبيب التخدير فى أحكام لاحقة، ومنها ذلك الحكم الذى أصدرته محكمة « مونبلييه » الفرنسية (١) .

وإذا كانت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض (٢) قد نقضت هذا الحكم ، فلم يكن ذلك لرفضه قيام رابطة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير ، وإنما بسبب تناقض الأسباب ،حيث وجد أنه كان يوجد خطأ مشترك بين فريق العلاج ، ومع ذلك ، أعفت محكمة «مونبلييه» الجراح من المسئولية . وبناء على هذا القضاء الأخير ، فإنه يمكن القول بأن مجرد إختيار الجراح لطبيب التخدير ، لا يجعل من هذا الجراح متبوعاً ، ولكن إستقلال طبيب التخدير لا يمنع بالضرورة من إنعقاد مسئولية الجراح ، متى نسب إليه خطأ عن فعله الشخصى .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٢ – ص٧٢ ، وهامش رقم (٤) Montplier, 5 mai 1971, 1, 53 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٢ – ص٧٢ ، وهامش رقم (٥) Grim, 22 juin 1972 1972. G.P. 1972, 757, note D.S.B.; civ., 1972, n° 219, p. 568 .

المبحث الثانى
الخطأ الفردى العقدى

١٨٦ - تمهيد :

عندما يوجد فريق طبى ، يقع الخطأ من أحد أعضائه ، فإن هذا العضو - بطبيعة الحال - يكون هو المسئول عما إرتكبه من الخطأ العقدى . وقد تكون المسئولية عقدية أيضاً ، ولكن عن فعل إرتكبه الغير .

وفيما يلى ، نتناول بحث كل من هذين الموضوعين ، بشئ من التفصيل :

١٨٧ - أولاً : المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى :

فى الغالب ، فإن الجراح يكون هو الذى أبرم العقد مع المريض ، ومن النادر أن يبرم طبيب التخدير مثل هذا العقد معه . ولذلك ، فإن مسئولية من يقوم بتخدير المريض تتم طبقًا لقواعد المسئولية عن الفعل الشخصى ، كما تنظمها المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادتان ١٦٣ ، ٢٢٧ من القانون المدنى المصرى .

وتقوم المشكلة ، فى حالة ما إذا قرر المريض مقاضاة الجراح الذى تعاقد معه ، فى حين أن الضرر الذى لحق به ، كان نتيجة لخطأ طبيب التخدير .

تتجه بعض أحكام القضاء الفرنسى ، إلى تقرير مسئولية الجراح عن فعل طبيب التخدير ، على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال التابع [1] . أى طبقًا لقواعد المسئولية التقصيرية ، بالرغم من وجود عقد طبى ، بين الجراح والمريض .

---

(١) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٤٤ - ص٧٦ ، وهامش رقم (١) Paris, 14=

بيد أن البعض (١) قد أوضح أن مثل هذه الأحكام ، ليست حاسمة فى هذا المعنى ، لأنها إنما حاولت البرهنة على أنه بالرغم من عدم وجود أية رابطة عقدية بين طبيب التخدير والمريض ، فإن من الممكن إنعقاد مسئولية الجراح لتعويض المريض عما وقع له من ضرر ، بفعل طبيب التخدير ، وليس على أساس مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، وإنما على أساس العقد المبرم بين الجراح والمريض ، وهذه هى فكرة المسئولية العقدية عن فعل الغير . وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٨/ ١٠/ ١٩٦٠ (٢) .

والحقيقة ، أن الفقه (٣) ينتقد – وبحق – اللجوء إلى المسئولية التقصيرية ، فى مجال العلاقة التعاقدية ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ القانونية المستقرة ، فى تحديد نطاق كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وتمنع الخيرة ، أو الجمع بينهما .

فالواقع ، أن إنعقاد المسئولية التقصيرية لطبيب التخدير ، فى مواجهة المريض ، يرتبط ، على نحو ما ، بالعلاقة العقدية بين الجراح والمريض . ومن الواضح أنه فى حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير، يكون من أحدث الضرر من الغير بالنسبة للعقد . وهذا لا يمنع من أن تكون المسئولية عقدية فى العلاقة بين المسئول عن الغير، والمضرور المتعاقد معه . وهذا ما قبلته محكمة النقض الفرنسية .

= févr. 1958, J.C.P. 1958, 11, 10533, note Savatier., Civ., 15 nov. 1955,D. 1936, 113, note Savatier .

(١) جان بيير كاركيلو – المقالة السابقة . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٤ – ص٧٦ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٤ – ص٧٦ ، وهامش رقم (٣) Civ, 18 oct, 1960, précité .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٥ – ص٧٦ ، وهامش رقم (٤) Savatier, note sous; Paris 14 févr. 1958, précité .

فعندما تم الطعن على حكم محكمة «باريس» الصادر سنة ١٩٥٨ ، أقرت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٨/ ١٠/ ١٩٦٠ ، بأن مسئولية الجراح عن فعل الغير ، إنما هى مسئولية عقدية .

وهكذا ، عاد القضاء الفرنسى ليعترف أيضاً بإمتداد الطبيعة العقدية إلى مسئولية الطبيب عن فعل الغير . الأمر الذى يراه البعض[1] مستحقًا للإشادة ، ذلك أن تركيز المسئولية على عاتق الجراح ، يؤدى إلى توحيد نظامى المسئولية : المسئولية عن الفعل الشخصى ، والمسئولية عن فعل الغير .

١٨٨ - الحالات الإستثنائية التى يسأل فيها الجراح عن أعضاء الفريق الطبى على الأساس التقصيرى :

وعلى الرغم مما سبق ، فإنه توجد بعض الحالات الإستثنائية التى يسأل فيها الجراح عن افعال الفريق الطبى ، على الأساس التقصيرى ، تتمثل فى الحالتين الآتيتين :

١٨٩ - (١) عدم وجود عقد بين الجراح والمضرور :

ومن أمثلة هذه الحالة ، أن ينقل مصاب فى حادث ، وهو فاقد الوعى إلى مستوصف من أجل إنقاذه . وهذا ما يحدث غالباً بالنسبة للمستشفيات القريبة من إحدى الطرق العمومية ، الذى تكثر عليه حركة المرور ، وبالتالى تكثر نسبة الحوادث .

والمعتاد فى مثل هذه الحالات ، ألا يوجد عقد طبى بين الجراح والمريض . ونفس الأمر عندما يعتنى الجراح بطفل مصاب ، دون أن يكون لديه الوقت الكافى للبحث من أقاربه ، والحصول على موافقتهم .

---

(١) فيلار - المقالة السابقة - بند ٢٠ - ص٧٥٠ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٤٤ - ص٧٧ ، وهامش رقم (٢) .

وفى ظروف مماثلة لذلك ، قضت محكمة «فرساى» بمسئولية الجراح عن فعل الشخص المكلف بالتخدير ، على أساس المسئولية عن فعل الغير ، طبقاً للمادة ١٣٨٤/ ٥ من القانون المدنى الفرنسى .

وإذا كان البعض (١) يسلم بقيام مسئولية تقصيرية هنا ، إلا أنه ينتقد اللجوء إلى المسئولية عن فعل الغير ، ويراها مجرد مسئولية عن الفعل الشخصى .

١٩٠ - (٢) الضرر الشخصى الذى يصيب الورثة ، بسبب موت المريض :

الواقع ، أن الورثة فى هذا الفرض ، يكونون من الغير ، بالنسبة للعقد الذى أبرمه مورثهم مع الجراح . ومن ثم فإنهم يستطيعون أن يتمسكوا فى مواجهة الجراح بالأساس التقصيرى ، للمطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر شخصى .

وعلى هذا الأساس ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية تمسك الورثة بالأساس التقصيرى ، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٤/١ (٢) ، حيث ميزت بين الدعوى الشخصية للورثة ، ودعواهم كإمتداد للمورث ، إذ يتقيدون فى هذه الحالة الأخيرة فقط بما أبرمه مورثهم من عقد مع الطبيب الجراح .

ومع ذلك ، فيبدو أن محكمة النقض الفرنسية ، قد عدلت لاحقاً عن هذا الموقف ، ورأت أن الورثة لا يستطيعون التمسك بالمسئولية

---

(١) ڤيلار – المقالة السابقة – بند ٢٢ – ص٧٥٠ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٧ – ص٧٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) Civ, 1 avril 1978, J.C.P. 1968, 11, 155, 47, note Ralut.

وقد قضت بنفس الحكم ، منذ سنة ١٩٥١ : Civ., com. 19 juin 1951, D. 1957, D. 1957, 717 .

عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٨ – ص٧٨ ، وهامش رقم (٣) .

التقصيرية ، حتى عندما يطالبون بتعويض عما أصابهم من ضرر شخصى ، بسبب موت مورثهم ، إذ يتقيدون أيضاً بما أبرمه المريض مع الطبيب ، من عقد العلاج (١) .

هذا ، وتثير هذه المسألة مشكلة الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، بمعنى أن يتمسك الورثة ، فى حالة وجود عقد بين الجراح ، وبين المريض ، بالمسئولية التقصيرية ، دون المسئولية العقدية .

والواقع ، أن القضاء والفقه يدينون اليوم هذه الخيرة ، فعندما تثبت مخالفة إلتزام ناشئ عن العقد ، فليس للمضرور الخيار ، وبالتالى لا يستطيع أن يتمسك إلا بالمسئولية العقدية ، دون المسئولية التقصيرية (٢) .

هذا ، ونحيل فى شأن الخلاف القائم حول حالة عدم تنفيذ الإلتزام العقدى ، الذى يشكل مخالفة جنائية ، حيث يثور التساؤل حينئذ حول طبيعة المسئولية المدنية للطبيب الجراح ، وهل هى مسئولية عقدية ، أم تقصيرية ، وما يترتب على ذلك من جواز، أو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين . نحيل إلى ما سبق بيانه فى هذا الشأن، فى الفصل الأول ، الخاص بطبيعة المسئولية الطبية .

١٩١ - ثانياً : المسئولية العقدية عن فعل الغير :

إن تركيز المسئولية على عاتق طبيب واحد ، نتيجة اللجوء إلى المسئولية عن الفعل الشخصى ، على الأساس التقصيرى ، ينطبق فى ظروف مماثلة ، لو وجد عقد بين المريض والجراح ، فعندما

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٨ – ص٧٨ ، ٧٩، وهامش رقم (١) Civ., 25 mai 1971, D. 1972, 534, note Peneau .

(٢) مازور وتانك – المسئولية المدنية – بند ١٨٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٨ – ص٧٩ ، وهامش رقم (٢) .

يرتكب هذا الأخير خطأ ، فإنه يكون مسئولاً عقديًا عن فعله الشخصى ، ولو كان التنفيذ المادى للإلتزام قد قام به أحد مساعديه . ولكن يجدر بنا أن نتساءل هنا : لو أن المضرور قام بمقاضاة الجراح ، بإعتباره مسئولاً عن فعل الغير ، هل يوجد نفس التماثل بين مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، والمسئولية العقدية عن فعل الغير؟.

من الجدير بالملاحظة بداية ، أنه إذا كان من الأمور التقليدية ، وجود إختلافات بين نظامى المسئولية التقصيرية ، والمسئولية العقدية، فيما يتعلق بالفعل الشخصى ، فإن الإختلاف بين هذين النوعين من المسئولية عن فعل الغير ، يعتبر من الموضوعات الحديثة نسبياً . فقد أشار الأستاذ « بيكيه » (١) سنة ١٩١٤ ، إلى أن المسئولية عن فعل الغير ، فى المجال العقدى ، يجب أن ترتكز على نصوص القانون المتعلقة بعدم تنفيذ الإتفاقات ، وعليها فقط ، أى أنها تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير .

وبالنسبة للمسئولية الطبية ، فقد أضفى القضاء عليها الصفة العقدية ، منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة ١٩٣٦ . ومع ذلك ، فقد كان من الواجب الإنتظار إلى ما يقرب من ربع قرن ، حتى تقبل محكمة النقض الفرنسية الطبيعة العقدية للمسئولية الطبية عن فعل الغير ، حيث قررت بوضوح « إن الجراح الذى إختاره من ستجرى له العملية الجراحية لثقة فيه ، يكون ملتزماً بإفادته من هذه العملية ، بالنسبة لمجموع التدخلات التى تتم بعناية منتبهة ، ويقظة ، ومطابقة لمعطيات العلم ، وبالتالى ، فإنه يسأل عن الأخطاء التى قد يرتكبها الطبيب الذى لجأ إليه الجراح ، من أجل تخدير

---

(١) مازو وتانك – المسئولية المدنية – بند ٩٦٥ – ص١٠٢٣ ، عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٢ – ص٨٤ ، ٨٥ ، وهامش رقم (١) Emile BECQUE, de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, (contribution à l'étude du droit comparé des obligations), R.T. 1914, P. 25/ ets .

المريض ، والذى يحل محل الجراح ، دون أى رضاء من هذا المريض ، للوفاء بجزء لا يتجزأ من إلتزامه » .

ويتضح من ذلك ، ان الجراح يسأل عن عدم تنفيذ إلتزامه العقدى، فى مواجهة من تعاقد معه ، ولو كان عدم التنفيذ من فعل الغير ، الذى أدخله الجراح نفسه ، فى تنفيذ العقد .

فالجوهرى فى هذا الصدد ، هو أن هذا الغير ، لا يلزم فيه أن يكون تابعًا للجراح المتعاقد مع المريض (١) . ولهذا يرى الفقيه «سافاتييه»(٢)، أنه فى مجال العقود يمتد نطاق التابع إلى أوسع مما تقضى به المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدنى الفرنسى ، المتعلقة بمسئولية المتبوع التقصيرية عن التابع . فالمتعاقد مع المريض يسأل عقدياً عن فعل تابعيه . بيد أن مفهوم « الغير » ، يقتصر هنا على طائفتين فقط ، هما فئة المساعدين " Les aides " ، ومن يحلهم المتعاقد الأصلى محله فى تنفيذ إلتزامه العقدى " Les substituts " .

ويكمن تبرير هذا الحل ، فى أن الطبيب الجراح ، الذى تعاقد مع المريض ، تكون له الحرية فى إختيار وسائل تنفيذ إلتزامه العقدى ، فكما يستطيع أن يلجأ إلى تابع حقيقى ، لضمان هذا التنفيذ ، فإنه يستطيع كذلك أن يطلب مساعدة أشخاص آخرين غير تابعين له ، أى لا يرتبطون به برابطة تبعية (٣) .

---

(١) فيلار – المقالة السابقة – بند ٣٢ – ص٧٥٤ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٣ – ص٨٥ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) سافاتييه – المسئولية المدنية – بند ٧٩٦ – ص٤٠٣ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٣ – ص٨٥ ، وهامش رقم (٤) .

(٣) ويرى فيلار ، أن القانون الفرنسى ، إن كان – على عكس القانون الألمانى – لم يتضمن تنظيمًا عاماً للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، فقد أخذ ببعض تطبيقاتها ، مثل ما ورد بالمادة ١٩٥٣ مدنى ، التى تعالج مسئولية أصحاب الفنادق، عن فعل هؤلاء النزلاء، وهم غير تابعين لصاحب الفندق . فى نفس المعنى : مازو –

المبحث الثالث
التطبيقات القضائية
الخاصة بالخطأ الجراحى الفردى

١٩٢ - أهمية الجراحة وخطورة الأخطاء الجراحية :

مما لا شك فيه ، أن الجراحة عمل علاجى نافع ، ولكنه ، فى ذات الوقت ، عمل بالغ الخطورة ، نظراً لما تنطوى عليه الجراحة من مساس كبير بسلامة جسم الإنسان .هذا بالإضافة إلى ما تتميز به عملية تخدير المريض من دقة وتعقيدات .

وفى الحقيقة ، أنه لولا أن المرجو من وراء الجراحة إزالة علة يعانى منها الإنسان ، ولا تنجح معها - بطبيعة الحال - الوسائل العلاجية الأخرى ، فما نظن أنها كانت قد إستمرت حتى اليوم ، إلا أنها ما تزال- وعلى الرغم من ذلك - إحدى الوسائل العلاجية ، ذات الأثر العظيم على البشرية جمعاء .

ويترتب على ذلك ، ضرورة إعطاء العلاج الجراحى ، مزيداً من العناية ، أكثر مما تتطلبه العلاجات الطبية الأخرى ، فلا يجوز للجراح أن يجرى عملية إلا بعد التفكير العميق ، وبشرط أن تكون الآلام التى يشكوها المريض غير محتملة ، أو يكون ترك المريض دون تدخل جراحى ، من شأنه أن يزيد من علته ، أو يجعل حياته معرضة لخطر الموت .

ونظراً لأن هذه هى طبيعة الجراحة ، فإن المحاكم تتشدد عادة مع

= وتانك - المسئولية المدنية - بند ٩٩ - ص١٤٦ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٥٣ - ص٨٦ ، وهامش رقم (٢) .

الجراحين ، أكثر مما تتشدد مع غيرهم من الأطباء (١) . ذلك أن العمل العظيم ، والذى ينطوى على خطورة هذا شأنها ، لا يصح أن يقوم به ، من ليست له الدراية ، والخبرة الكافية .

وفيما يلى ، نتناول التطبيقات القضائية الخاصة بالخطأ الفردى ، فى كل من مجالات الجراحة العامة والتخصصية ، وجراحة النساء والولادة ، وجراحة الفم والأسنان .

١٩٣ - أولاً : التطبيقات القضائية الخاصة بالخطأ الجراحى الفردى فى مجال الجراحة العامة والتخصصية :

وتتمثل أخطاء الجراح فى هذا المجال ، فى رفضه علاج المريض ، وفى عدم حصوله على رضائه بإجراء العملية الجراحية ، وفى عدم إعلامه بالمخاطر المترتبة على المرض والجراحة . فضلاً عن مجموعة من الأخطاء الأخرى ، والتى نعرض لها فيما يلى :

١٩٤ - (أ) خطأ الجراح فى رفضه علاج المريض أو إسعاف المصاب:

يمكن القول بصفة عامة ، بأن رفض علاج المريض ، أو إسعاف المصاب ، لم يعد الآن مبدأ عامًا ، يرتكز على حرية الطبيب فى أن يقبل دعوة مريض يلجأ إليه ، أو أن يلبى صرخة الإستغاثة الصادرة إليهم ممن يحتاج إلى النجدة والمساعدة الطبية ، فإذا كان هذا جائزاً فى رحاب المذهب الفردى ، فإنه لم يعد جائزاً الآن ، فى ظل الإتجاهات الحديثة فى نسبية الحقوق ، ووظيفها الإجتماعية .

ولذلك ، فقد خطأ المشرع خطوة كبيرة ، إذ نص فى المادة ٢/٦٣ من قانون العقوبات الفرنسى على عقاب « كل من إمتنع عمداً عن

---

(١) أنظر «بوميرول» ص٥٠ ، والدكتور «وديع فرج» ص٤٢٣ ، و«إستئناف باريس» ، فى ٤ يوليو سنة ١٩٣٢ – دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ص٤٠٠ . عن د. الجوهرى – السابق– ص٤١٩ ، وهامش رقم (١) .

تقديم مساعدة لشخص فى حالة خطر ، دون أن يعرض نفسه ، أو الغير للخطر ، وبحيث يكون فى إمكانه تقديم المساعدة له ، سواء بفعله الشخصى ، أو عن طريق التسبب فى تقديم المساعدة » .

وطبقاً للنص السابق ، فإنه يلزم أن يوجد شخص فى حالة خطر، وإمكانية المساعدة ، فضلاً عن الإمتناع العمدى ، من جانب الطبيب ، عن تقديم المساعدة (١)

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضى به من إدانة جراح ، لأنه رفض أن يستقبل فى عيادته مصاباً بجروح بالغة ، مهددة بالموت ، إذ كانت حالته تستلزم العناية به على وجه السرعة، ، ومعالجته (٢) .

وقد أوجب الشارع الفرنسى ، على كل طبيب ، أياً كانت وظيفته أو تخصصه ، فى غيرحالة القوة القاهرة ، أن يقدم الإسعافات العاجلة للمريض الذى يحدق به الخطر ، إذا لم يمكن تقديم علاج أخر (٣) ، ليصبح إلتزامه محدداً بنص القانون .

---

(١) د. الشوا - السابق - بند ٢٢ - ٢٤ - ص٢٢ - ٢٤ .

(٢) عن د. أبو اليزيد على المتيت - جرائم الإهمال - الطبعة الثالثة - ص٢٩٦ . ١٩٥٢ - ٧٤٩٩ . J.C.P كما قضى بأن المساعدة مطلوبة من الطبيب ، حتى لو تبين أنها لم تكن مجدية ، أو فعالة . فمن واجب الطبيب أن يبذل مسعاه للإنقاذ ، وليس عليه إدراك النتائج . نقض جنائى فرنسى ، فى ٢٣ مارس ١٩٥٣ - دالوز ١٩٥٢ - ص٢٧١ . عن د. رمضان جمال كامل - مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - الطبعة الأولى - بند ٨٥ - ص١١٨ . وقضى كذلك بأنه على الرغم من أن حالة الشخص قد بلغت من السوء حداً ، لا يجدى معه أى تدخل علاجى ، وأن هلاكه كان أمراً حتميًا وعاجلاً ، إلا أن الطبيب الذى إستدعى لعلاجه ، كان يتعين أن يعامله معاملة الشخص المعرض للهلاك ، وفقاً لما جاء بنص المادة ٢/٦٣ من قانون العقوبات الفرنسى ، والتى لم تتطلب أن تكون المساعدة واجبة ، عندما تكون فعالة فحسب ، بل تتطلبها كمجرد وسيلة لمحاولة الإنقاذ ، وهى على هذا النحو واجبة وممكنة ، حتى لحظة الوفاة . محكمة «مونبلييه » فى ١٩٥٣/١/١٧ - دالوز ١٩٥٢ - ص٢٩ . عن د. رمضان كامل - السابق - بند ٨٥ - ص١١٨ .

(٣) مادة ٢ من مرسوم ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٧ تقنين الواجبات ، أو الآداب الطبية .

تقديم مساعدة لشخص فى حالة خطر ، دون أن يعرض نفسه ، أو الغير للخطر ، وبحيث يكون فى إمكانه تقديم المساعدة له ، سواء بفعله الشخصى ، أو عن طريق التسبب فى تقديم المساعدة » .

وطبقاً للنص السابق ، فإنه يلزم أن يوجد شخص فى حالة خطر، وإمكانية المساعدة ، فضلاً عن الإمتناع العمدى ، من جانب الطبيب ، عن تقديم المساعدة (١)

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضى به من إدانة جراح ، لأنه رفض أن يستقبل فى عيادته مصاباً بجروح بالغة ، مهددة بالموت ، إذ كانت حالته تستلزم العناية به على وجه السرعة، ، ومعالجته (٢) .

وقد أوجب الشارع الفرنسى ، على كل طبيب ، أياً كانت وظيفته أو تخصصه ، فى غيرحالة القوة القاهرة ، أن يقدم الإسعافات العاجلة للمريض الذى يحدق به الخطر ، إذا لم يمكن تقديم علاج آخر (٣) ، ليصبح إلتزامه محدداً بنص القانون .

---

(١) د. الشوا – السابق – بند ٢٢ – ٢٤ – ص٢٢ – ٢٤ .

(٢) عن د. أبو اليزيد على المتيت – جرائم الإهمال – الطبعة الثالثة – ص٢٩٦ . ١٩٥٣ – J.C.P . ٧٤٩٩ كما قضى بأن المساعدة مطلوبة من الطبيب ، حتى لو تبين انها لم تكن مجدية ، أو فعالة . فمن واجب الطبيب أن يبذل مسعاه للإنقاذ ، وليس عليه إدراك النتائج . نقض جنائى فرنسى ، فى ٢٣ مارس ١٩٥٣ – دالوز ١٩٥٣ – ص٢٧١ . عن د. رمضان جمال كامل – مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – الطبعة الأولى – بند ٨٥ – ص١١٨ . وقضى كذلك بأنه على الرغم من أن حالة الشخص قد بلغت من السوء حداً ، لا يجدى معه اى تدخل علاجى ، وأن هلاكه كان امراً حتمياً وعاجلاً ، إلا ان الطبيب الذى إستدعى لعلاجه ، كان يتعين أن يعامله معاملة الشخص المعرض للهلاك ، وفقاً لما جاء بنص المادة ٢/٦٣ من قانون العقوبات الفرنسى ، والتى لم تتطلب أن تكون المساعدة واجبة ، عندما تكون فعالة فحسب ، بل تتطلبها كمجرد وسيلة لمحاولة الإنقاذ ، وهى على هذا النحو واجبة وممكنة ، حتى لحظة الوفاة . محكمة «مونبلييه» فى ١٩٥٣/١/١٧ – دالوز ١٩٥٣ – ص٢٩ . عن د. رمضان كامل – السابق – بند ٨٥ – ص١١٨ .

(٣) مادة ٣ من مرسوم ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٧ تقنين الواجبات ، أو الآداب الطبية .

١٩٥ - ضابط الخطأ التقصيرى فى حالات رفض الجراح علاج المريض :

يخضع الفقه الحديث الإمتناع ، لذات القاعدة التى يخضع لها الفعل [١] ، إذ ليس فى القانون ما يسمح بالتفرقة بينهما . لذلك يجرى أغلب الفقهاء على الإمتناع ، ضابط الخطأ التقصيرى ، فيقدر القاضى سلوك محدث الضرر ، بسلوك الرجل العادى ، إذا وجد فى ذات ظروفه ، ويعتبر مرتكبًا لخطأ ، إذا كان هذا الأخير لا يمتنع ، ولو كان العمل تفرضه قواعد الأخلاق ، أو واجبات اللياقة ، أو المجاملات الإجتماعية ، لأن من هذه المجاملات ، أو تلك الواجبات ، ما لا يتردد الرجل العادى فى القيام به .

ويخضع الطبيب الذى يرفض علاج مريض ، تقدم إليه لذلك ، لذات القواعد ، فلا يكون إمتناعه عن علاجه خطأ يقيم عليه المسئولية التقصيرية ، إذا كان الطبيب العادى ، فى الظروف التى أحاطت بالإمتناع يسلك ذات سبيله [٢] .

وعلى ذلك ، فلم يقبل القضاء إقامة مسئولية طبيب المستشفى ، لإخراجه لطفل من هذا المستشفى - بسبب عدم وجود سرير- عقب عملية جراحية ، رغم إحتياجه لعمل كمادات وغيارات ، بالنظر إلى أنه كان فى إمكان الأم القيام بها ، أوإصطحابه إلى المستشفى لعملها [٣] .

---

(١) مازو وتانك - فقرات ٥٢٥ وما بعدها ، مارتى ورينو - جزء ٢ - فقرة ٤٠٩ ، ستارك - الإلتزامات - فقرة ٢٧٨ ، وروبير - المسئولية - فقرة ١٤٠٤ وغيرهم . أنظر د. محمود جمال الدين زكى - فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - الطبعة الثالثة - القاهرة ١٩٧٨ - بند ٢٤٧ - ص٤٩٢ ، وهامش رقم (٢٧) .

(٢) د. جمال الدين زكى - السابق - بند ٢٤٧ - ص٤٩٧ ، وهامش رقم (٤٥) .

(٣) عن د. منصور - السابق - منشأة المعارف - ص٢٨ وهامش رقم (٩) Req 2 août 1940. D. 1908.1.574 .

فإذا كانت للطبيب أسباب ، يعتبرها الرجل العادى كافيه لتبرير إمتناعه ، فلا يمكن إعتبارة خطأ يقيم مسئوليته .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن الجراح لا يسأل عن رفض إجراء عملية ، مشكوك فى نتائجها (١) .

وغنى عن البيان ، أنه يشترط لمساءلته الجراح عن رفض علاج المريض ، أو إسعاف المصاب ، أن يثبت انه قد نشأ عن هذا الرفض ، ضرر أصاب المريض ، أى أنه على المريض أن يثبت علاقة السببية بين الرفض ، وبين الضرر الذى أصابه ، طبقاً للقواعد العامة .

١٩٦ - (ب) خطأ الجراح فى عدم حصوله على رضاء المريض بإجراء الجراحة :

من المستقر عليه فقهاً وقضاء ، أن الجراح يلتزم بالحصول مقدماً على رضاء المريض ، وذلك قبل البدء فى إجراء الجراحة ، وإلا فإن عمله الذى يقوم به ، لا يكون مشروعاً ، وتترتب بالتالى مسئوليته عنه ، حتى وإن لم يقع منه أى إهمال ، فى الجراحة ذاتها .

والعلة فى إستلزام الحصول على رضاء المريض ، مقدماً ، وقبل إجراء العملية الجراحية ، هى أن المريض إنسان حر ، له حقوق مقدسة على جسمه ، لا يجوز المساس بها بغير رضائه . وكل إعتداء على حريته ، أو حقوقه على جسمه ، حتى وإن كان الدافع إليه صالح المريض ، يرتب مسئولية من إرتكبه ، متى كان فى إستطاعته أن يحصل على رضائه ، ولم يفعل

وتظهر أهمية حصول الجراح على رضاء المريض ، بصفة خاصة،

---

(١) محكمة « الهافر » ، فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ - جازيت دى باليه ١٢ ديسمبر ١٨٨٩ ، و«السين» فى ٢٢ يناير سنة ١٨٨٩ - مجلة la loi - عدد ٣١ يناير ١٨٨٩ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٢٠ ، وهامش رقم (٣) .

فى حالة العمليات الجراحية الهامة ، والتى ينطوى إجراؤها على خطورة تمس حياته ، أو سلامة جسمه .

وقد أقرت محكمة « دويه » الفرنسية هذا المبدأ ، إذ تقول بأنه يجب على الجراح أن يحصل على رضاء المريض ، أو من له الولاية عليه ، لإجراء العملية التى ينوى عملها ، وخاصة عندما يعلم أن تدخله الجراحى قد تترتب عليه نتائج خطيرة . وهذا الإلتزام أساسه إحترام حرية الإنسان ، كما يجب عليه أيضًا أن ينبه المريض إلى أخطار العلاج ، أو العملية التى يشير بها ، حتى إذا لم يكن هناك من سبيل آخر سواها ، لإنقاذ حياة المريض (1) .

كما قضت محكمة جنايات «الإسكندرية» ، فى دعوى طبيب ، ذهب إليه زوج مع زوجته . وقد رفضت الزوجة إجراء الكشف عليها ، فهددها الزوج بالطلاق ، وأفهمها الطبيب بأنه سيعطيها حقنة فقط ، فقبلت تحت هذا التأثير ، وأعطاها الطبيب حقنة مخدرة ، وكشف عليها وهى تحت تأثير المخدر بمنظار ، فلما أفاقت وجدت الدم يسيل من رحمها ، ونقلت بسبب ذلك إلى المستشفى ، وظلت فيه زمنًا ، أجريت لها فيه عملية تفريغ الرحم . وقد قضت المحكمة بمسئولية الطبيب ، مقررة أنه إذا كان من المسلم به فقهًا وقضاء ، أنه يجوز للطبيب فى قيامه بوظيفته المرخص له بها ، وفى سبيل المحافظة على صحة الناس ، إتخاذ ما يلزم من وسائل الطب بقصد العلاج ، فإن ذلك مشروط بأن يرضى المريض بذلك ، رضاء غير مشوب ، وأن يمارس الطبيب علمه ، فى حدود قواعد المهنة الطبية ، فإذا خالف هذه السنن ، فقد خرج على قواعد المهنة الطبية ، وواجباته كطبيب ، ووجبت مساءلته عن الأضرار التى يسببها للمريض (2) .

---

(1) محكمة «دويه» ، فى ١٠ يوليو سنة ١٩٤٦ – جازيت دى باليه سنة ١٩٤٦ – ٢ – ١٥١ ». عن خطاب ورزيق – السابق – ص١٩٩ .

(2) محكمة جنايات «الإسكندرية» ، فى القضية ٢٣٤٠ – ١٩٣٨ العطارين ، بجلسة ٢٥ مارس سنة ١٩٤٤ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٢ ، وهامش رقم (٤) .

وطالما أن المريض بلغ سن الرشد ، وكان واعيًا ، فإنه يتعين أن يصدر الرضاء منه شخصياً . ولا يغنى عن ذلك صدور الرضاء من أحد أقربائه ، أو من شخص آخر ، تربطه به صلة وثيقة .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه لا يجوز للجراح أن يجرى عملية بتر أى عضو ، إلا بعد موافقة المريض ، الذى له مطلق الخيار بين إجراء تلك العملية المستعجلة ، والضرورية ، وبين تحمل الأضرار الناجمة عن التأخير . وفى حالة ما يصعب على المريض التعبير عن رضائه بصراحة ، يجب على الجراح أن يثبت رضاءه ضمناً ، بحسب الظروف التى أجريت فيها العملية . وإذا كان المريض بالغاً ، وفى وعيه التام ، فالرضا يجب أن يكون صادراً منه شخصيًا . ولا يغنى الرضا الصادر من أقربائه ، أو ممن له صلة وثيقة به . على أنه مما يجب ملاحظته ، أنه إذا ما تقررت العملية بموافقة كل من الطبيب المعالج والجراح ، فعلى هذا الأخير يقع عبء إثبات الحصول على موافقة المريض [1] .

على أن الأمر يحتاج لبعض تفاصيل أخرى ، نعرض لها فيما يلى:

١٩٧ - (١) الحصول على رضاء المريض ناقص أو عديم الأهلية :

طبقاً للقواعد العامة ، فإن الولى الطبيعى ، أو الشرعى ، أو الممثل القانونى بصفة عامة ، هو الذى ينوب عن المريض ناقص ، أو عديم الأهلية .

على أنه مما تجب ملاحظته فى هذا الشأن ، هو عدم وجود تلازم بين الأهلية فى قبول العلاج ، والأهلية شرعًا ، فرضاء المريض لا

---

(١) محكمة «انجيه» ، فى ٤ مارس سنة ١٩٤٧ - دالوز سنة ١٩٤٨ - ص٢٩٨ ، وانظر أيضًا جازيت دى باليه سنة ١٩٤٧ - ١ - ١٦٨ . عن خطاب ورزيق - السابق - ص٢٠٠ ، ٢٠١ .

يغنى عنه قبول غيره ، طالما انه يملك القدرة على التعبير عن إرادة صحيحة (١) .

ومن جهة أخرى ، فقد ذهب البعض إلى أن قبول الولى أو الوصى بالعلاج اللازم ، يمكن أن يخلى مسئولية الطبيب ، حتى بعد السن المقررة .

وفى هذا الشأن ، فقد عرضت فى فرنسا دعوى شاب فى العشرين من عمره ، كان قد توفى فى أثناء عملية جراحية ، فرفع أهله دعوى على الطبيب ، يطالبونه فيها بالتعويض ، ورفضت دعواهم لعدة أسباب ، كان من بينها أن الطبيب إنما أجرى العملية بموافقة أبى الشاب . وقد إعترض على ذلك بأن فيه تغاليًا ، وعلى الأخص حيث لا يكون الولى ، أو الوصى ، هو والد الطفل ، أو والدته ، ممن يحدوهم العطف والحب ، أو أحد أقاربه ممن لا مصلحة لهم تتعارض مع صالحه . بل قد يكون فرداً أخر من الأسرة ، أو أجنبياً قد لا تهمه حياته ، بل قد يفيد من وفاته ، وإذا سلمنا بأن من حق الأب والأم أن تتصرف فى حياة ولدها ، فإنه لا يمكن التسليم بذلك ، حيث يكون الوصى لا تربطه بالقاصر رابطة ما . ولا شك أن الطبيب يكون، فى مثل هذه الأحوال ، هو الحكم الوحيد ، وأى قول غير ذلك ، قد يؤدى إلى أسوأ النتائج (٢) .

ومن جهة ثالثة ، فإنه بالنسبة لمسألة إشتراط موافقة الزوج على علاج زوجته ، من عدمه ، فإن الأمر يختلف ، ذلك أن هذه الموافقة ، لا تغنى عن رضاء الزوجة الحر ، والمستنير ، مادام أن الزوج لا يستطيع أن يلزمها بهذا العلاج الطبى ، أو يمنعها عنه (٣) .

---

(١) الإبراشى – ص٣١٣ . عن د. رشدى – السابق – ص١١٢ ، وهامش رقم (٤) .

(٢) مانش ص٥٩ – هامش (١) ، عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٤٦ ، وهامش رقم (٣) .

(٣) د. محسن البيه – السابق – بند ١١٠ – ص١٩٦ .

وقد حدث أن عرضت فى فرنسا دعوى سيدة ، ذهبت إلى طبيب، وعرضت نفسها عليه . وبعد فحص سريع ، طلب منها أن تذهب إلى المستشفى لفحصها فحصاً كافياً ، وبعد أن فحصها مع أحد زملائه ، قرر أنها مصابة بتلف فى الغشاء المخاطى للرحم ، وأنها تحتاج إلى عملية جراحية ، ووافقت الزوجة على إجراء العملية فى الحال ، بدون علم زوجها ، ولم يعلم الزوج بإجراء العملية إلا فى اليوم التالى . وحدث أن توفيت المريضة بعد ذلك بيومين ، فرفع الزوج على الطبيب دعوى ، يطالبه فيها بالتعويض . ورأت المحكمة أنه لا حاجة إلى رضاء الزوج بالعملية ، طالما أن الطبيب حصل على رضاء الزوجة صاحبة الشأن فى إجرائها ، خصوصاً وأن الطبيب لم يحط علماً بوجود الزوج، إلا بعد إجراء العملية [1] .

١٩٨ - (٢) الوقت الذى يعتد فيه بأخذ رضاء المريض :

من القواعد المقررة ، أن الرضاء الذى يصدر من المريض ، ويكون من شأنه أحقية الطبيب فى مباشرة علاج المريض ، هو الرضاء الذى يسبق العلاج ، وليس الذى يأتى بعده . كما أن يجوز أن يكون رضاء المريض محدداً بأجل .

فإذا كان الطبيب قد ذكر للمريض أنه لا يمكن تبين لزوم ، أو عدم لزوم العملية الجراحية ، إلا فى خلال بضعة أيام ، فطلب منه المريض ألا يجرى هذه العملية ، إلا بعد إنقضاء هذا الأجل ، فإنه لا يحق للطبيب أن يجرى العملية قبل إنقضائه ، بغير مقتض [2] .

---

(١) محكمة جنح «ليون» فى ١٨ يونيو سنة ١٨٩٨ ، منشور فى أدريان بومبرول (Adrien) Pommerol المسئولية الطبية أمام المحاكم La responsabilité médicale devant les Tribunaux – باريس ١٩٣١ – ص١٦٢ – ١٦٣ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٤٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) أنظر «عبد العزيز بدر بك» – ص٤٦ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٧ ، وهامش رقم (١) .

ويجب أن يظل المريض راضيًا بإجراء العمل الجراحى ، حتى الساعة التى يجب أن يجرى فيها هذا العمل . فإذا نكص عن رضائه بعد إبدائه ، فإن رضاءه السابق لا يمكن أن تكون له قيمته ، فى إعفاء الطبيب من المسئولية (١) .

١٩٩ - (٣) مدى الإعتداد بالرضاء الضمنى للمريض :

الحقيقة ، أن رضاء المريض الضمنى ، يمكن أن يستفاد من ذهابه إلى الطبيب الجراح ، بناء على نصيحة طبيبه الخاص (٢) .

على أنه قد قضى ، فى بعض الأحكام ، بأن رضاء المريض لا يستنتج من مجرد أنه إستشار الطبيب ، أو دخل إلى المستشفى « لأنه لا يمكن إعتباره بذلك موافقاً مقدماً على جميع العمليات التى لا تكون لديه أية فكرة عنها (٣) .

٢٠٠ - (٤) الأثر المترتب على عدم أخذ رضاء المريض مقدمًا بالجراحة :

على الرغم من أهمية ، وضرورة حصول الجراح على رضاء المريض مقدماً بإجراء الجراحة المقررة ، بسبب أن تخلف هذا الرضاء، من شأنه أن يجعل عمل الجراح عملاً غير مشروع ، ومن ثم يتحمل مغبة جميع الأضرار التى تنشأ عن هذا العمل غير المشروع، حتى ولو لم يقع منه ثمة خطأ فى العمل الجراحى ذاته ، إلا

---

(١) انظر «عبد العزيز بدر بك» – ص٦٤ ، ومقال الأستاذ «هنرى ديبوا» ، فى تعليقه على حكم محكمة النقض ، الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٧ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) روشى – ص٢٢ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٧ ، ٢٥٨ ، وهامش رقم (١).

(٣) محكمة« السين» الإبتدائية – مشار إليه فى رسالة «جنفييف ديفلو» – ص١٣٤ . عن د.وديع فرج – السابق – ص٤٢٩ ، وهامش رقم (٢) .

أن البعض يرى ، أن القضاء والفقه قد بالغا كثيراً فى قيمة رضاء المريض بالعلاج ، أو الجراحة ، خصوصاً فى وجوب أن يكون الرضاء عن علم بالحالة ، وبأخطار العلاج والجراحة ، وأنه نتيجة لذلك ، فقد تراجعت المحاكم الفرنسية فى نظريتها هذه ، فقضت محكمة «السين» الإبتدائية برفض دعوى شخص ، ثبت أنه عرض نفسه على الطبيب فى العيادة الخارجية لأمراض العيون فى مستشفى «روتشيلد» بباريس ، لوجود « نقطة » صغيرة بيضاء على عينه ، فسلموه فى تلك العيادة بطاقة ، كتب عليها « صالة العمليات » ، والتاريخ، فذهب إلى المستشفى ، فى التاريخ الموضح بالبطاقة ، حيث أجريت له عملية جراحية ، لم يدر نوعها ، إلا بعد بضعة أيام عند خروجه ، إذ سلموه عيناً صناعية بدل التى أجرى إستئصالها ، وقد إستندت المحكمة فى رفض دعوى التعويض ، على أن المصاب بذهابه إلى مستشفى أمراض العيون ، قد قبل مقدماً كل ما يستلزمه علاجه .

وتعليقًا على هذا الرأى ، يرى البعض [١] - ويحق - أن الحكم السابق ، فيه مجانبه للصواب ، ويؤسس إعتراضه على هذا الحكم ، على أن ما تعرض له المريض ، يعد من المخاطر غير المتوقعة له ، عند ذهابه إلى المستشفى ، وأنه كان يجب أن يوافق على ذلك مقدماً .

٢٠١ - (٥) الحالات التى يصح فيها التجاوز عن رضاء المريض :

توجد بعض الحالات ، التى يصح أن يقوم فيها الجراح بإجراء الجراحة اللازمة للمريض ، بغير حاجة إلى إنتظار الحصول على موافقته . من ذلك حالات الإستعجال ، وحالات فقدان المريض لوعيه.

وفيما يلى ، نعرض للتطبيقات القضائية الخاصة بهاتين الحالتين:

---

(١) صاحب هذا الرأى ، هو الدكتور «محسن البيه». راجع مرجعه السابق - بند ١١٠ - ١٩٥ . ونحن بدورنا نرى أن هو الرأى الصحيح فى هذا الحكم .

٢٠٢ - ٥ حالات الإستعجال :

قد يضطر الطبيب إلى العمل تحت ظرف الإستعجال ، حيث يجد الجراح نفسه أمام حالة على درجة عالية من الخطورة ، تستدعى السرعة ، تقديراً منه إلى أن الإنتظار إلى حين الحصول على رضاء المريض ، يشكل تهديداً لحياة المريض ، أو سلامة جسمه . فالطبيب فى مثل هذه الحالات لا يكون أمامه من سبيل ، إلا إتباع وحى ضميره، إذ يكون له أن يتدخل من تلقاء نفسه ، حتى ولو لم يدعه أحد ، بل حتى ولو كان غير أهل للقيام بالعمل الجراحى لقصور التجربة. والمقرر فى شأن هذه الظروف أنه لا يجوز أن يعتبر الطبيب متعدياً على حق ، إذا إنفرد فيها بإتخاذ القرار (١) .

فإذا وجدت حالة – مثل حالة الفتق المختنق مثلاً – وهى حالة يقرر فيها الطب إجراء عملية جراحية للمريض على وجه السرعة – فإنه يمكن للطبيب أن يتجاوز عن رضاء المريض ، دون خوف من المسئولية ، بل إن مثل هذه الحالات ، تخلى الطبيب من المسئولية عن هذا التجاوز ، إذا إتضح – أيضاً – أن التأخير يقلل من فرصة نجاح العملية (٢) .

كما قد تعرض فى العمل صورة أخرى من هذه الصور التى تتبدى فيها حالة الإستعجال ، كأن يشرع الطبيب فى إجراء عملية جراحية للمريض ، بعد الحصول على موافقته بشأنها ، بناء على تشخيص إعتقد فى بادئ الأمر أنه صحيح ، ثم إتضح له أثناء العملية حدوث خطأ فى التشخيص ، ووجود مرض آخر ، غير الذى إعتقد

---

(١) د. محمود مصطفى – مجلة القانون والاقتصاد – س١٨ – ص٢٨٣ ، ٢٨٤ ، د.وديع فرج – السابق – ص٤٢٧ ، د. الجوهرى – السابق – ص٢٦١ . عن د.محمود سعد – السابق – بند ١٦٨ – ص١٣٤ .

(٢) مانش – ص١٦٩ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٩ .

فى وجوده . ففى هذه الحالة ، يتعين على الطبيب - تجنباً للمسئولية - أن يوقف العملية ، ويخيط الجرح ، ثم يطلب موافقة المريض على إجراء تلك العملية الجديدة التى أصبحت حتمية ، ولا يعفيه من ذلك إلا توافر حالة الإستعجال ، ووجود الضرورة الملحة لإجرائها [1] .

ويقول «هنرى ديبوا» فى ذلك ، إنه يجب صرف النظر عن رضاء المريض ، إذا كشف الجراح ، فى أثناء إجراء أية عملية جراحية ، إصابة أشد خطورة مما أبان عنه الفحص الطبى ، وكانت بحيث لا يحتمل علاجها أى تأخير ، كان يكون التأخير فى إجرائها ينتهى بالمريض إلى الموت ، أو يكون من شأن الإنتظار حتى يفيق المريض من العملية الحاضرة لأخذ رضائه أن يقلل من نجاحها ، لعدم تحمل المريض تخديرين متتاليين ، لأن صالح المريض يغنى عن رضائه ، أو بتعبير «هنرى ديبوا» ، يساويه [2] .

وقد أكدت محكمة «السين» الإبتدائية على هذا المبدأ ، إذ قررت فى أحد أحكامها بأنه إذا كان من الأصول المرعية المسلم بها أن الجراح لا يحق له أن يجرى عملية جراحية لمريض إلا برضائه ، فإنه إذا ظهر للجراح فى أثناء مباشرته العملية الجراحية التى رضى بها المريض ، ما يدعوه إلى عمل عملية جراحية أخرى ، رأى ضرورة عملها حالاً ، وكان فى إرجاء عملها حتى يستفيق المريض ، ويستحصل على رضائه بعملها ، خطر على حياته ، فلا يكون الطبيب مسئولاً . وليس للمحاكم أن تتدخل فى صناعة الأطباء ، فتحكم بأن العملية الجراحية

---

(١) انور العمروسى ، واحمد المنوفى - المسئولية الجنائية للعاملين بالدولة أو القطاع العام عن الإهمال والخطأ الجسيم - الطبعة الأولى ١٩٦٨ - بند ١٤٨ - ص١٨٥ .

(٢) تعليق «هنرى ديبوا» على حكم النقض ، فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٢٥٠ ، ٢٥١ .

التى أجراها الجراح كانت لازمة أو غير لازمة ، ولو ظهر فيما بعد، أن هذه العملية لم تكن تقتضيها الضرورة (١) .

ومن الدعاوى التى عرضت فى هذا الشأن ، دعوى مريضة ، كان تشكو من آلام شديدة فى الحوض ، منعتها من مزاولة عملها ، فإضطرت إلى الذهاب إلى المستشفى ، ولدى فحصها تبين أنها مصابة بإنقلاب فى الرحم ، فأجرى لها الطبيب عملية جراحية لهذا الغرض ، إلا أنه تبين أن المبيضين مصابان بأورام خطيرة تقتضى إزالتهما كلية، وبالفعل أجرى لها الطبيب عملية بتر ، فرفعت المريضة عليه دعوى تطالبه فيها بالتعويض على إعتبار أنه قد أجرى لها بغير رضاء منها ، ولا من زوجها ، عملية جراحية لا داعى لها ، كان من شأنها أن تفقدها الأمل فى أن تصبح أمًا فى يوم من الأيام . ورأت المحكمة أن الطبيب الذى أجرى العملية ، له من المقام العلمى ما يسمح بالإطمئنان إلى رأيه فى لزوم الجراحة التى أجراها ، وأنه لم يجر العملية إلا لصالح المريضة نفسها . وقد شخصت الحالة بعد فحص كامل ، وملاحظات متكررة ، وبأدق طريقة ممكنة . وإذا كان لم يعرف وجود الورم فى المبايض ، فلأن ذلك كان غير مستطاع فى حالة العلم القائمة فى ذلك الوقت (سنة ١٩١٤) ولم يمكن الحصول على رضاء المريضة بإجراء العملية الجديدة ، ولم تكن هناك حاجة إلى هذا الرضاء . وهى قد ذهبت إلى المستشفى بمحض إختيارها ، وقبلت أن تجرى لها جراحة فى منطقة الرحم ، بقصد تخليصها من الآلام التى تعانيها . ولم يكن يمكن ، وقد تبين للطبيب وجود أورام فى مبايضها ، أن يتوقف عن أداء العملية فى إنتظار إفاقتها للحصول

---

(١) انظر حكم محكمة« السين» بباريس، فى ٥ يناير سنة ١٩٠١ - مجلة le droit - عدد ١٤ يناير سنة ١٩٠١ ، وحكم محكمة استئناف «باريس » ،فى ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٢ - دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١١٦ . وهو ملخص فى المحاماة - س٤ - ص٢٨٦ - رقم ٣١٢. عن د. الجوهرى - السابق - ص٢٦١ وهامش رقم (١) .

على إذن بها ، لأن ذلك يتعارض مع سلامتها . وقد أقر هذه العملية ثقات الأطباء ، وقرروا أن الأورام فى المبايض من الأمراض الخطيرة التى تؤدى إلى الموت ، وأنه يجب إزالتها حال التحقق من وجودها ، وأن نجاح العملية ، وفائدتها يتوقفان على سرعة إجرائها . ولذلك ، فقد قضت المحكمة برفض الدعوى (١) .

كما أخذت بمثل ذلك محكمة «كويك» ، فى دعوى طبيب شق بطن إمرأة لإزالة الزائدة الدودية ، فوجد مبيضيها ملتهبين ، فإستأصلهما(٢) .

وقضت محكمة «باريس» بأن الجراح الذى يشخص إلتهاباً فى المعدة على أنه قرحة ، بناء على رأى طبيب الأشعة . وعند إجراء عملية القرحة التى وافق عليها المريض ، يتضح خطأ التشخيص الأول ، وتظهر حقيقة الداء ، وهو ورم خبيث (سرطان) يتحتم علاجه فوراً دون إبطاء ، فيقوم بإستئصاله دون موافقة المريض ، فإنه لا يكون مسئولاً ، أو مرتكبًا لخطأ ما ، إذ أنه فى الحالين كان يتحتم إجراء العملية فوراً . كما انه اما وقد قام بإجرائها وفقاً للأصول الفنية ، وبكل عناية وإحتياط ، فلا يمكن مساءلته عن النتيجة ، ولو كانت وفاة المريض (٣) .

أيضاً ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى دعوى تتلخص وقائعها ، فى أن طبيباً أجرى عملية جراحية لإحدى السيدات توفيت على إثرها . رفض الزوج أن يدفع أتعاب الطبيب ، على أساس أن

---

(١) حكم محكمة إستئناف «باريس» ، فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥١ وهامش رقم (٣) .

(٢) محكمة «كويك» ، فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٠ – المجلة الفصلية ١٩٣٠ – ص٥٧٣ . عن د.الجوهرى – السابق – ص٢٦١ وهامش رقم (١) .

(٣) محكمة «باريس» ، فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٦ – دالوز سنة ١٩٤٨ – ص٣٢٧ . عن شفيق ورزيق – السابق – ص١٩٢ .

العائلة لم توافق إلا على جراحة إستكشافية ، وأنها لم توافق على الجراحة العلاجية التى أجراها الطبيب . وأن الطبيب بذلك قد خالف واجباته المهنية التى تلزمه بإحترام الحرية الفردية . وأمام محكمة الموضوع لم ينازع الطبيب فى أنه أجرى جراحة علاجية ، ولم ينازع المدعون فى أن العملية كانت ضرورية .

وقد قضت المحكمة بأن الطبيب يستحق أتعابه ، وأنه لم يخل بإلتزامه المهنى . وأيدت ذلك محكمة النقض ، مقررة أن موافقة الأهل على إجراء التشخيص ، عن طريق جراحة إستكشافية ، يتضمن الموافقة على الجراحة العلاجية ، إذا بدت هذه الجراحة ضرورية [1] .

٢٠٣ - • حالات فقدان الوعى :

وكما يمكن أن تقوم هذه الحالة والمريض فى كامل وعيه ، قبل إجراء العملية الجراحية ، فإنها تقوم أيضاً فى الحالات التى يكون فيها المريض غائباً عن وعيه ، مع عدم وجود أحد من أقاربه ، الذى يستطيع أن يعبر عن الرضاء نيابة عنه ، فقد يكون المريض غائبًا عن الوعى بسبب حالة مرضية ، كغيبوبة السكرى ، أو بسبب إصابته فى حادث، أو غير ذلك [2] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المريض المصاب فى حادث ، بثقبين نافذين فى عظام الرأس ، ترتب عنهما إرتجاج بالمخ يحتاج لعملية سريعة ، لا يمكن الإدعاء بمسئولية طبية عن الإخلال بإلتزام بالإفضاء ، وبالحصول على رضاء المريض قبل

---

(١) عن د. محمود سعد - السابق - بند ١٦٨ - ص٣١٤ ، ٣١٥ ، وهامش رقم (٣) . Note précité. somm. Jurid. 1966. 467

(١) ساڤاتييه - ص٤٠٣ ، وتعليق «هنرى ديبوا» السابق الإشارة إليه . مشار إليهما فى د. وديع فرج - السابق - ص٤٢٧ ، ٤٢٨ وهامش رقم (١) ، ود. الجوهرى - السابق - ص٢٥٩ وهامش رقم (٥) .

العمليـة ، لأن إعتـبـارات الإسـتـعـجـال تعـفـيـه من الإلتـزام فى هذه الحالة(١).

٢٠٤ - (٦) رفض المريض للعلاج الذى أشار به الطبيب :

قـد يـحـدث أن يشـخـص الطبـيب المرض الذى يعـانى منه المريض ، ثم يعـرض على المريض الإجـراء العـلاجى الذى رآه مناسـبًا لحـالتـه ، ولكن المريض يبدى رفـضه لهذا العـلاج . وهـو ما يحدث أحياناً نتيـجة لخـوف المريض من الآلام التى يمـكن أن تتـرتب على هذا العـلاج ، أو نتيجة خـشيته من تطبيق العلاج ، خصوصـًا إذا كان ذلك يعنى فقدانه لعضو من أعضاءه ، وبتره .

فـإذا كـان رضـاء المريض بالعـلاج أو التـدخل الطبى ، يعـد أمـراً ضرورياً ، فإنه من الطبيعى أن يكون لرفضه أثره القانونى على تحديد المسئولية الطبية ، إذ يترتب على ذلك أن يعفى الطبيب من المسئولية ، طالما كان المريض متمتعاً بالأهلية الكاملة . وكان الرضـاء الصـادر عنه، صحيحاً غير مشوب بعيب .

ولكن يثـور الشك حـول مـسئـولية الطبـيب ، عندمـا يكون تدخله ضـرورياً ، وتسـتـدعيـه حـالة المريض . فـهل يعـفى الطبـيب تمامـًا من المسئولية ، أم أنه لابد وأن يتحمل جزءاً من المسئولية ؟ .

يرى بعـض الشـراح ، أن مـهنة الطب تفـرض التـضـحـيـة على المشـتغلين بهـا (٢). فـإذا قـيل أنه من الصـعب أن يثـبت وجـود رابطة السببـية فى أحوال الخطأ السلبى (٣) ، فإن الضـرر قد تتـعدد أسـبابه ،

---

(١) نزيه المهدى – ص٢٢٤ . عن د. رشدى – السابق – ص٩٤ وهامش رقم (١) .

(٢) انظر «مازو» – ن ٥٤٥ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٩٢ ، ٣٩٤ وهامش رقم (١) .

(٣) محكمة «سانت سيرسين» ، فى ٢٦ يناير سنة ١٩١٢ – جازيت دى باليه ١٩١٢ – ١ – ٣٢٨ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٣٩٤ وهامش رقم (٢) .

ويكفى أن يكون إمتناع الطبيب واحداً من الأسباب التى أدت إلى الضرر الذى أصاب المريض ، وأنه كان فى مقدور الطبيب أن يتوقع ذلك فى السير العادى للأمور (١) . بل أن الطبيب ليسأل فى مثل حالة الطفل الذى يولد بغير فتحة الشرج ، حيث يكون ثقب الفتحة لازمًا لحياته ، ويرفض الوالد إجراء هذا الثقب ، فإن الطبيب الذى ينصاع لهذا الرفض ، ولا يجرى الثقب ، يكون مداناً (٢) .

وعلى العكس من ذلك ، فقد قضى بأن ما يدعيه الجراح من أن المصاب فى حادث ، لا يجوز له أن يرفض تدخلاً جراحياً ، إذا كان من شأن هذا التدخل أن يؤدى إلى تخفيض الأضرار التى لحقت به ، فإن القضاة ليست لديهم سلطة فى أن يفرضوا على المضرور إجراء عملية جراحية، يرفض الخضوع لها (٣) .

على أن هناك واقعة ، كانت على جانب أكبر من الدقة ، وتتعلق بهذه المسألة ، الا وهى رفض المريض للعلاج الذى أشار به الطبيب .

وتتلخص هذه الواقعة ، فى أن شخصًا أصيب بشظية فى عينه ، فأشار عليه الطبيب المعالج بأن يأخذ صورة بالأشعة ، للتأكد من خلو العين من بقايا الشظية ، وذلك قبل أن يقوم بخياطة الجرح ، ولكن المريض أصر على رفضه هذا الإقتراح ، فإضطر الطبيب للإذعان ، ثم خاط الجرح ، ولكن الجرح لم يلتئم . وما كادت تنقضى ثلاثة أسابيع حتى شعر المريض بألام حادة فى عينه ، تنبئ بأن الشظية مازالت مستقرة بها . ونظراً لفوات الأوان على إستخراجها ، فقد إستلزم الأمر إستئصال العين .

(١) انظر حكم محكمة «بو» ، فى ٣٠ يونيو سنة ١٩١٢ – دالوز ١٩١٥ – ٢ – ٤٩ ، والتعليق . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٩٤ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) د. الجوهرى – السابق – ص٢٩٤ وهامش رقم (٤) .

(٣) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٢ – ص٢٩٨ ، ٢٩٩ وهامش رقم (١) . Cass. Grim : 3.7.1969. Sem. Jurid. 1970.2.16447

وقد أثارت هذه الدعوى جدلاً كثيراً ، حول مدى مسئولية الطبيب عن الضرر الذى لحق بالمريض من جراء إذعانه لرفض المريض للعلاج الذى أشار به عليه .

فذهب رأى إلى أنه ما كان يجوز للطبيب الا يرضخ لإرادة المريض، وأنه كان لزاماً عليه أن يتخذ كافة الإحتياطات الضرورية ، سيما وأن هذه الإحتياطات لا تنطوى على أى خطر على المريض ، ولا تسبب له أية آلام .

وذهب رأى أخر إلى أنه يجب الحد من نطاق الإستثناء على المبدأ القائل بعدم إتخاذ أية إجراءات طبية قبل المريض ، بغير رضاه .

وحاول رأى ثالث ، ان يجد حلاً للمسألة فى أنه كان بوسع الطبيب أن يمتنع عن علاج مثل هذا المريض العنيد ، وإن كان لا يملك ذلك ، قبل أن يتأكد من أن زميلاً له يمكن أن يحل محله فى إسعاف هذا المريض . كما أنه يغلب على الظن أن هذا الطبيب الثانى - لو أمكن العثور عليه - كان سيرفض العلاج بدوره ، إزاء تعنت المريض ، وإصراره على عدم إجراء كشف الأشعة ، بغية الإقتصاد فى المصاريف .

وعلى أى الأحوال ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الإستئناف ، بشأن ما رأته من عدم ثبوت رفض المريض للأشعة . إذ قالت فى أسباب حكمها :

« مع التسليم جدلاً بواقعة رفض المريض للأشعة ، فإنه كان يتعين على الطبيب المعالج ، وقد إستقر رأيه على ضرورة إجراء هذا الفحص ، أن يستكتب المريض إقراراً برفضه ، وأن يمتنع بعد ذلك عن القيام بخياطة الجرح ، لإحتمال وجود شظايا بالعين » .

ونحن بدورنا نؤيد ، ما إنتهت إليه محكمة النقض الفرنسية ، من حيث وجوب إستكتاب المريض إقراراً برفضه ، على أننا نرى - معها

ايضاً – أنه كان على الطبيب أن يمتنع عن خياطة الجرح ، ليس فقط لإحتمال وجود شظايا بالعين ، بل لأن رفض المريض للعلاج منذ البداية ، كان لابد أن يكون من شأنه عدم إتخاذ أى إجراء ، طالما أن الإجراء الذى كان من المفروض أن يكون سابقًا « عمل الأشعة على العين » ، لم يتم إتخاذه .

ويبدو أن الأستاذ « تونك » – فى تعليقه على هذا الحكم – يوجه إنتقاداً إليه ، فهو يتساءل أننا لو إفترضنا جدلاً ، أن المريض أعطى الطبيب مثل هذا الإقرار المكتوب ، فهل يتيح هذا الإقرار للطبيب أن يرتكب خطأ مهنياً جسيماً ، وهل يخلصه من المسئولية ؟ (١) .

ويقول « تونك » أن الإجابة على هذا التساؤل ، فى رأينا ، هى أن هذا الإقرار تظل قيمته القانونية منحصرة فى إثبات واقعة رضاء المريض بالقيام بالإجراء الطبى الذى إرتضاه ، ولكن هذه القيمة القانونية لا تتعدى ذلك ، ويبقى الخطأ الطبى بعد ذلك رهناً بثبوته ، أو عدم ثبوته .

وقياسًا على ما سبق ، فإن الرحيل المبكر للمريض من المستشفى ، بعد إجراء العملية الجراحية ، يعتبر خطأ يسأل عنه الطبيب ، وعما ينتج عنه من أضرار ، حيث كان يتعين على الطبيب الحصول على كتابة منه ، تثبت رفضه للبقاء (٢) .

ولعل هذا ما يؤدى بنا إلى بحث مسألة إثبات رضاء المريض .

---

(١) تعليقات للأستاذ« أندريه تونك» على أحكام المحاكم الفرنسية فى المسئولية المدنية – عرض الأستاذ «فؤاد أبو الدهب» . مجلة إدارة القضايا – ص١٤٣ – السنة ٩ – العدد الأول . عن العمروسى والمنوفى – السابق – بند ١٤٩ – ص١٨٧ ، ١٨٨ وهامش رقم (١) .

(٢) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٢ ، ٣٣ وهامش رقم (٢٣) Civ . 22 jan. 1967 B.C.I. n. 49

٢٠٥ - (٧) إثبات رضاء المريض :

إستقرت محكمة النقض الفرنسية ، على أن الطبيب يكون فى موقف المدعى عليه ، ومن ثم فإنه طبقًا لقواعد الإثبات ، ينبغى على المدعى - المريض - إثبات قيام الطبيب بالعلاج ، أو بإجراء العملية الجراحية ، دون رضائه (١) .

وعلى ذلك ، فإن إتفاق الطبيب مع المريض ، على إجراء عملية جراحية معينة ، ثم قيام الأخير بعملية أخرى ، لا تدخل تحت هذا الرضاء ، ولا تستدعيها الضرورة ، يشكل خطأ طبيًا ، يقع على المريض عبء إثباته .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد ذهبت بعض المحاكم إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب ، حتى يبرر مشروعية تدخله ، فعليه يقع واجب إقامة الدليل على رضاء المريض بتدخله ، وعلاجه .

ولكن ، نظراً لأنه من النادر أن يحصل الطبيب على إقرار كتابى برضاء المريض ، فإن القضاء يستخلص هذا الرضاء من القرائن والظروف المحيطة ، كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائى ، فإن ذلك يعنى ضمناً قبوله لتدخل هذا الأخير ، وعلاجه (٢) . ولكن مجرد طلب المريض الإلتحاق بالمستشفى وصمته ، لا يبرر أى تدخل جراحى عليه ، دون الحصول على رضائه (٣) .

---

(١) وقد إنتقد الفقه الفرنسى هذا الموقف ، الذى تتبناه محكمة النقض الفرنسية ، ورغم ذلك ، لقد ظلت مستمسكة بموقفها وأيدته فى أحكام لاحقة ، رفضت فيها ما قضت به بعض المحاكم الأدنى درجة ، التى كانت تلزم الطبيب بالإثبات ، وتواترت أحكام النقض فى هذا المعنى . راجع د. محسن البيه - السابق - بند ١٠٩ - ص١٩٢ ، وهامش رقم (٣) ، (٤) .

(٢) عن د. منصور - السابق - منشأة المعارف - ص٢١ ، ٢٢ وهامش رقم (١٩) Req. 31 oct. 1933 D. 1933. 537 .

(٣) عن د. منصور - السابق - منشأة المعارف - ص٢٢ وهامش رقم (٢٠) Lyon 6 jan. 1937 précité. leon 2 juill. 1952 D. 1952 - 647 .

وكثيراً ما يصعب إقامة الدليل ، فيكون لقاضي الموضوع سلطة إستخلاصه من وقائع القضية . ويمكنه الإستعانة بخبير يلقى الضوء على ظروف التدخل الجراحى (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه لا يجوز للجراح أن يجرى عملية بتر أى عضو ، إلا بعد موافقة المريض ، الذى له مطلق الخيار بين إجراء تلك العملية المستعجلة والضرورية ، وبين تحمل الأضرار الناجمة عن التأخير . وفى حالة ما يصعب على المريض التعبير عن رضائه صراحة ، يجب على الجراح أن يثبت رضاءه ضمناً ، بحسب الظروف التى أجريت فيها العملية (٢) .

٢٠٦ - (جـ) خطأ الجراح فى عدم إعلام المريض بمخاطر التدخل الجراحى :

حتى يكون رضاء المريض بالجراحة رضاءاً صحيحاً ، فلابد أن يحيطه الجراح علماً بطبيعة مخاطر المرض والجراحة . ويقع عبء إثبات هذا الإلتزام على عاتق الطبيب ، فإن لم يقم بذلك ، كان مسئولاً عن كافة النتائج الضارة ، والناشئة عن تدخله ، حتى ولو لم يرتكب فى عمله ، ثمة خطأ (٣) .

وغنى عن البيان ، أن طريقة العلاج قد تكون واحدة ، ولكن النتائج تختلف من مريض إلى آخر ، وذلك حسب الحالة النفسية والجسمانية لكل منهم ، ومدى ردود الفعل المنتظرة من جسم

---

(١) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٢ وهامش رقم (١) Scine 6 fév, 1962 D. 1962. 62 .

(٢) محكمة «انجه» ، فى ٤ مارس سنة ١٩٤٧ – دالوز سنة ١٩٤٨ – ص٢٩٨ – عن خطاب ورزيق – السابق – ص٢٠٠ ، ٢٠١ .

(٣) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٣ وهامش رقم (٢٤) Montpllier 5 juil. 1949 D. 1950 . 11 - Bordeaux 8 mars 1963. G.P. 1965.2.121 .

المريض ، فيتعين على الطبيب أن يحيط المريض علمًا بكل النتائج المحتملة والضارة ، التى يمكن أن تنتج ، أو تثيرها ردود فعل الجسم[1].

وطبقاً للمبادئ السابقة ، فقد قضت محكمة « شاتوتيرى » ، بأنه فى غير الأحوال التى تكون حياة المريض مهددة بالخطر ، يتحتم على الطبيب أن ينبه المريض ، ليس فقط إلى الأخطار التى ينطوى عليها العلاج ، بل إلى أنه يمكنه أن يعيش ، دون أن يتعرض لخطر ما. وهذا الإلتزام الأخير تزداد أهميته ، كلما إزدادت المخاطر التى يمكن أن تترتب على العلاج [2] .

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الذى يتحكم فى كم هذه المعلومات – التى يلتزم الطبيب بأن يدلى بها للمريض – هو الغرض من هذا الإلتزام ، وهو إعطاء فكرة صحيحة ، دقيقة ، عن حقيقة حالته الصحية ، حتى يتقرر فى ضوئها قبول ، أو عدم قبول التدخل العلاجى ، أو العملية المطلوب إجراؤها [3] .

وفى خصوص إلتزام الجراح بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة ، التى يمكن أن تنشأ عن العمل الجراحى ، فإن علينا أن نتصور حالة من حالات ثلاث :

الأولى : هى إعلام المريض بالأخطار التى يمكن أن تنشأ عن وسيلة التخدير المستخدمة .

---

(١) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٢٣ ، ٢٤ ، وهامش رقم (٢٦) . Paris 18 juin 1962 D. 1963. 64

(٢) شاتوتيرى، فى ٧ يونيو سنة ١٩٠٥ (دالوز براتيك ١٩٠٥ – ٥ – ٤١ ، وسيرى ١٩٠٥ – ٢ – ٢٢٥) عن د. الجوهرى السابق – ص٢٥٤ ، ٢٥٥، وهامش رقم (٢).

(٣) نقض مدنى فرنسى ، فى ١٤ فبراير ١٩٧٣ – جازيت دى باليه ١٩٧٣ – ٢ – ٣٤١. عن د. رشدى – السابق – ص٩٠ ، وهامش رقم (٣) .

الثانية : هى إعلامه بالأمور المتوقعة عند البدء فى إجراء الجراحة.

الثالثة : هى إعلامه بأمور تم إكتشافها أثناء العملية الجراحية ، ولم تكن متوقعة ، قبل البدء فى إجرائها .

ومن قبيل الحالة الأولى ، ما قضت به محكمة « إكس » الفرنسية، من أن الجراح يعتبر مخطئاً ، عندما لا ينبه المريض عن الأخطار التى يحتمل وقوعها ، من جراء وسيلة التخدير التى إختارها، مع عدم حصوله على موافقته عليها ، إذ أن المريض هو القاضى الوحيد ، الذى يستطيع أن يحكم على أخطار التخدير والعلاج ، فإما أن يقبلها بكافة نواحيها وإحتمالاتها ، أو يرفضها [1] .

ومن قبيل الحالة الثانية ، ما قضى به من أنه إذا ما كانت الأعراض توحى بإحتمال وجود مرض آخر ، يمكن إكتشافه بشكل واضح عند فتح البطن ، أثناء إجراء العملية التى يزمع إجراؤها ، فإنه يتحتم على الطبيب أن يخبر المريض عن ذلك المرض ، ويحصل على موافقته لإجراء ما قد يستلزم إجراؤه لعلاجه ، على أنه يجب أن يحاط المريض علماً بالنتائج التى قد تترتب على ذلك ، وتؤخذ موافقته عليها ، وإلا يكون الطبيب مسئولاً عما قد يترتب على تداخله ، بدون موافقة المريض [2] .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه « حتى يكون الطبيب الجراح مسئولاً عن نتائج عمليته غير المقبولة مقدمًا ، لابد من ملاحظة وجود الخطأ المتمثل فى عدم الإنتباه للإلتزام المهنى ، الذى يتمثل فى إعلام المريض بالنتائج الخطيرة للعملية الجراحية ،

---

(١) محكمة « إكس» ، فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ – جازيت دى باليه – الجدول الأبجدى سنة ١٩٤٩ – ص١٤٩ . عن خطاب ورزيق – السابق – ص٢٠٠ .

(٢) نقض مدنى «بورنفيل» ، فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٣ – سيرى سنة ١٩٥٥ – الجدول الأبجدى ص٦٣ . عن خطاب ورزيق – السابق – ص٢٠١ ، ٢٠٢ .

والحصول على رضاه» . فإذا أهمل الجراح كلية تنوير المريض عن كل الأخطار الشديدة ، التى تنطوى عليها مثل هذه العملية ، فإنه يكون مسئولاً عن ذلك . وأن مخاطر العلاج لا يمكن أن يفترض علم الشخص بها ، طالما أنه قد ثبت أن المريض لا توجد لديه أية معلومات طبية ، أو حتى بديهيات عن الطب ، فيجب على الطبيب أن يبصره بالمخاطر . ولا يمكن إفتراض معرفته بالطب ، بالرغم من إفتراض علمه بالقانون (١) .

كما قضت بأنه حتى يكون الطبيب الجراح مسئولاً عن نتائج عمليته غير المقبولة مقدماً لابد من ملاحظة وجود الخطأ المتمثل فى عدم الإنتباه للإلتزام المهنى الذى يتمثل فى إعلان المريض بالنتائج الخطيرة للعملية الجراحية والحصول على رضاه . فإذا أهمل الجراح كلية تنوير المريض عن كل الأخطار الشديدة التى تنطوى عليها مثل هذه العملية ، فإنه يكون مسئولاً عن ذلك (٢) . رافضة بذلك الطعن المقدم ضد الحكم الصادر من محكمة «باريس» ، والصادر فى ١٩٥٢/٣/٧ (٣) .

وقضت كذلك بأنه إذا كان التدخل العلاجى ، أى القيام بالعملية الجراحية ، يمكن أن يتم بإحدى طرق متعددة ، وجب على الطبيب الإفضاء بها إلى المريض ، مع تبصيره بنتائج وآثار كل منها ، حتى يستطيع المريض إختيار إحدى هذه الطرق ، وهو متنور بظروفها وآثارها (٤) .

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٢ – ص٢٩٨، وهامش رقم (٤) Cass. civ : 28/12/1954. D : 1955. D : 1955. 219 . et note R. savatier .

(٢) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٢ – ص٢٩٨، وهامش رقم (٢) Cass. civ: 27/10/1953. D : 1953. 658. et rêv. Trim. de dr civ. 1964. 86 .

(٣) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٢ – ص٢٩٨ وهامش رقم (٣) Trib. civ. Paris: 7/3/1952. D : 1952. 367 .

(٤) عرائض ، فى ٢٨ يناير ١٩٤٢ – دالوز ١٩٤٢ – ص٦٢ – عن د. رشدى – السابق – ص٩٢ ، ٩٣ ، وهامش رقم (١) .

وقضت محكمة «باريس» ، بأنه لا يعتبر مرتباً للمسئولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية قد تعرض للخطر الحقيقى الشديد عضواً سليماً ، وذلك بقصد تعديله ، ودون أن تكون هناك ضرورة قاضية بذلك ، ودون أن يكون من وراء هذه العملية أية فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له العملية . ولكن فى مثل هذه الحالة - ومادام أن كل ما هو مطلوب بالعملية هو إزالة أو تخفيف عاهة جسيمة - فإنه يجب أن توضح للشخص أخطار العملية توضيحاً دقيقاً ، وتؤخذ منه موافقة على إجرائها ، مع علمه بكل ما تنطوى عليه . فإذا أهمل الجراح كلية تنوير المريض عن كل الأخطار الشديدة التى تنطوى عليها مثل هذه العملية ، فإنه يكون مسئولاً عن ذلك (١) .

أما الحالة الثالثة ، ففيها صورتان : الأولى ، أن يشرع الجراح فى إجراء العملية ، بناء على تشخيص ما للمرض ، أعتقد فى بادئ الأمر أنه صحيح ، ثم إتضح خطؤه بعد البدء فى إجراء العملية .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأنه على الطبيب ، إذا ما شرع فى إجراء عملية جراحية للمريض ، بعد الحصول على موافقته بشأنها . وكان ذلك بناء على تشخيص أعتقد فى بادئ الأمر أنه صحيح ، ثم إتضح أثناء العملية خطأ التشخيص ، ووجود مرض أخر ، فعليه ليتجنب المسئولية ، أن يوقف العملية ، ويخيط الجرح ، ثم يطلب موافقة المريض على إجراء تلك العملية الجديدة ، الواجب إجراؤها (٢) .

والصورة الثانية ، أن يشرع الجراح فى إجراء العملية ، فإذا به يصادف فى أثناء إجرائها مصاعب لم يكن يتوقعها ، بحسب المجرى العادى للأمور .

---

(١) محكمة إستئناف «باريس» ، فى ١٢ مارس سنة ١٩٣١ (جازيت باليه ١٩٣١ - ١ - ٥٩٠ ، ودالوز ١٩٣١ - ٢ - ١٤١ ، ودالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٢٥٩ وسيرى ١٩٣١ - ٢ - ١٢٨). عن د. الجوهرى - السابق - ص٢٥٥ وهامش رقم (٤) .

(٢) سيرى سنة ١٩٥٤ - الجدول ص٦٤ - عن خطاب ورزيق - السابق - ص٢٠٢ .

وقد قضى فى هذا الشأن ، أن الجراح الذى يصادف أثناء العملية الجراحية مصاعب ، لم يكن يتوقعها ، بحسب المجرى العادى للأمور، يجب عليه أن يتمم العملية ، مستخدماً فى ذلك خبرته الفنية، مراعياً كافة الإحتياطات ، دون أية مسئولية . أما إذا كان يمكن الإستغناء عن إجراء هذه العملية ، أو تأجيلها ، فيجب عليه ألا يستمر فى أدائها ، حتى يشرح للمريض كل النتائج التى قد تترتب على هذه العملية ، وإلا إعتبر العلاج قد تم بدون موافقته (١) .

٢٠٧ -(١) معيار إلتزام الجراح بإعلام المريض بمخاطر الجراحة:

وبصدد تحديد معيار إلتزام الطبيب بالإفضاء بالمعلومات المتعلقة بحالة المريض الصحية والإجراء العلاجى أو الجراحى المطلوب ، ذهب الأستاذ « دول » – فى بحثه عن إلتزام الطبيب بالإفضاء بالمعلومات – إلى أن هذا المعيار يتوقف أساساً على أمرين ، أولهما ، طبيعة التدخل العلاجى المطلوب ، ومدى لزومه للمريض فى هذه الظروف ، حيث قسم هذه الطبيعة إلى ثلاث حالات ، يتدرج فيها معيار الإلتزام بالإفضاء بالمعلومات حسب أهمية التدخل المطلوب . وثانيهما حالة المريض الصحية والنفسية ، ومدى تقبله لفهم وإدراك المعلومات التى يفضى بها الطبيب إليه (٢) .

ويضيف بعض الشراح إلى ذلك ، أن معيار إلتزام الطبيب بالمعلومات أمر نسبى ، يتوقف أساسًا على نوع المرض ، وطبيعة التدخل العلاجى ، والظروف المحيطة بالعملية المراد إجراؤها ، بحيث

---

(١) محكمة «نيم» المدنية ، فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٣ – جازيت دى باليه سنة ١٩٥٤ – الجدول الأبجدى – ص١٣٦ – عن خطاب ورزيق – ص٢٠٠ .

(٢) راجع فى تحليل رأى الأستاذ « دول » الدكتور «نزيه الصادق المهدى »، فى الالتزام قبل التعاقدى . ص٢٢٤ حيث عرض لحالات تدرج معيار الالتزام بالإفضاء بالمعلومات ، حسب أهمية التدخل ، كما رآه «دول ». عن د. رشدى – السابق – ص٩١ ، وهامش رقم (٢) .

أن مسئولية الطبيب الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالإفضاء بالمعلومات للمريض ، يجب أن يراعى عند تحديدها كافة هذه الظروف والملابسات التى تجعل هذا الإلتزام ، بالنسبة للطبيب إلتزاماً مرناً نسبيًا ، يتوقف على حسن نيته ، وظروف العلاج ، ومدى لزومه ، وغير ذلك من الإعتبارات (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض بأنه يجب ، على وجه الخصوص ، أن يفضى الطبيب للمريض بالخطورة المحتملة عن العملية الجراحية ، سواء أثناء إجرائها ، أم بما قد يتخلف عنها من آثار ونتائج عرضية ، بحيث يكون رضاء المريض بإجرائها رضاء سليماً ، واعياً ، متنوراً بكافة هذه المعلومات (٢) .

كما قضت ذات المحكمة ، بأنه يجب على الطبيب أن يخبر المريض بصدق وأمانة ، عن مدى لزوم العملية الجراحية ، وهل يمكن مثلاً الإستغناء عنها بالعلاج الطويل (٣) .

ومن الظروف والملابسات التى يتعين مراعاتها عند تحديد معيار إلتزام الطبيب بإعلام المريض ظرف الإستعجال ، حيث لا تسمح هذه الظروف للطبيب بأن يشرح له ، كل تفاصيل المخاطر المحتملة .

وتطبيقًا لذلك ، فقد قضى بأنه إذا ما وافق مريض على إجراء عملية جراحية ، بعد أن أكد له الجراح الذى سيجريها بساطتها ، وسهولتها ، وأنه لن يترتب عليها مضاعفات ، إلا أنه أثناء إجرائها ، تبين وجود ورم خبيث يصعب إستئصاله ، بدون حدوث نتائج

---

(١) د. رشدى – السابق – ص٩١ ، ٩٢ وراجع أيضاً هامش رقم (١) .

(٢) نقض مدنى ، فى ٥ مارس ١٩٧٤ – نشرة أحكام محكمة النقض – جـ١ – رقم ٧٤ – ص٦٢ . عن د. رشدى – السابق – ص٩٢ .

(٣) نقض مدنى ، فى ١٧ نوفمبر ١٩٦٩ – جازيت دى باليه ١٩٧٠ – ١ – ٤٩ . عن د.رشدى – السابق – ص٩٢ وهامش رقم (٢) .

ومضاعفات خطيرة ، منها فقد العصب الأساسى المحرك للذراع ، فإن هذا الجراح لو إستأصل ذلك الورم ، فلا يمكن مساءلته عن النتائج التى تترتب على ذلك ، مهما كانت ، إلا إذا كانت القواعد الفنية تقضى بإمكان تأجيل إجرائها ، ولم يكن هناك أى مبرر طبى ، أو فنى يحتم إجراءها فى الحال ، قبل أن يشرح للمريض أخطارها ، والمضاعفات التى قد تنتج عنها ، ويحصل على موافقته عليها ، وقبول نتائجها [1] .

٢٠٨ - (٢) القيود التى تحد من نطاق إلتزام الجراح بإعلام المريض :

الواقع أن إلتزام الجراح بإعلام المريض بمخاطر المرض والعلاج الجراحى ، ليس إلتزامًا مطلقًا ، بل أن هناك أمورًا تحد من نطاقه ، فمثلاً ليس من الضرورى إعلام المريض بكافة النتائج المحتملة للجراحة ، كما أنه يلزم فى خصوص هذا الإعلام ، أن تراعى الحالة النفسية للمريض ... إلخ .

وفيما يلى ، نستعرض نطاق هذا الإلتزام ، بشئ من التفصيل :

٢٠٩ - ● عدم ضرورة إعلام المريض بكافة النتائج المحتملة للجراحة :

الواقع ، أن إخبار المريض بكل التفاصيل والإحتمالات ، التى يمكن أن تترتب على العمل الجراحى ، من شأنه أن يؤدى إلى قيام بعض العقبات المادية ، والمعنوية ، التى تعوق الجراح عن أداء مهمته بنجاح . وعلى ذلك ، فإن الجراح لا يكون ملزمًا بإخبار المريض بكافة هذه الأخطار ، خاصة إذا كانت من الأخطار غير المتوقعة ، أو كانت إحتمالات حدوثها ضعيفة .

---

(١) محكمة «بورنفيل» ، فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ - سيرى سنة ١٩٥٤ - الجدول الأبجدى - ص٦٣ - عن خطاب ورزيق - السابق - ص١٩٢ ، ١٩٣ .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الجراح لا يلتزم بإعلام المريض مسبقًا بمخاطر الشلل النهائى للعصب البصرى ، والتى قد تنشأ عن التخدير بالطريق المحجرى للعصب الفكى الأعلى ، خلال عملية قام بها لعلاج إلتهاب الجيب بالفم ، حيث أن هذه المخاطر لم تكن متوقعة (١) .

كما قضى بأنه لا يكون الطبيب مخطئًا ، إذا لم يخطر المريض بإحتمال الإصابة بشلل الوجه ، عند العلاج من الصمم ، لأن هذا الإحتمال كان ضعيفاً ، والعملية كانت ضرورية (٢) .

أيضاً ، فقد لاحظ القضاء أن إفصاح الجراح للمريض عن الأخطار المحتملة للتدخل الجراحى ، من شأنه أن يؤدى إلى إزعاج المريض ، أو تثبيط مهمته ، خاصة إذا كانت تلك الأخطار ، ليست على درجة تذكر من الخطورة .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن ذلك (عدم ضرورة إعلام المريض) يكون من باب أولى فى العمليات الخفيفة ، فلا حاجة لإخطار المريض فيها بإحتمال حصول ضرر منها ، لأن ذلك لا يمكن أن يكون إحتياطاً نافعًا ، ولا حكيمًا ، بل أنه على العكس من ذلك ، يكون عملاً غير حكيم ، وقد يترتب عليه إزعاج المريض ، دون أن يثنيه عن إجرائها ، ويؤدى ، والحال كذلك ، إلى الإضرار بالمريض ، وعدم الحصول على النتيجة المرجوه (٣) .

وأن الطبيب ، وإن كان يلتزم بتبصير المريض بالمخاطر الممكنة

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٤ – ص١٨٣ ، وهامش رقم (١) Civ., 19 Mai 1959, G.P.T.Q. 1960, V° . Médecine .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٤ – ص١٨٣ ، وهامش رقم (٢) Civ., 6 mars. 1979, D. 1980, inf. 170. obs PENEAU .

(٣) ليون ، فى ١٨ يونيو سنة ١٨٩٩ ، منشور فى «بوميرول» – ص١٦٢ ، ١٦٣ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٢٥٤ ، وهامش رقم (٤) .

للتدخل الجراحى ، لكن ذلك الإلتزام يتعلق بالمخاطر الهامة ، والمعتادة، ومن ثم لا يلزم بإخطاره بالمخاطر التى يمكن أن تترتب على جراحة بسيطة ، خاصة إذا كانت هذه المخاطر نفسها بسيطة ، وذلك حتى لا يثبط همة المريض (١) .

وأنه لا يجوز إلزام الطبيب بتبيان كل النتائج السيئة للعملية ، فليس له بالضرورة أن يشرح للمريض كل الحوادث التى تنجم عن التخدير . وكون الطبيب الجراح يعلم المريض عن ضرورة إجراء العملية ، لا يعنى أنه طمأنه على أن العملية لا تتضمن أخطاراً . وعلى الطبيب أن يشرح بعبارة واضحة ، وبسيطة ، وذكية ، تمكن المريض من إتخاذ قراره (٢) .

كما قضت بأن الجراح لا يلتزم بإخبار المريض بمخاطر العمل الطبى ، عندما لا تبدو من المريض أية بادرة تكشف عن عدم تسامحه. ولذلك ، فإن هذا الجراح الذى أجرى للمريض أشعة بالصبغة ، لا يعد مخطئاً ، لأنه لم يخبر المريض بمخاطر الفحص الطبى بهذه الطريقة، حيث أن إحتمال وقوع أضرار مماثلة لما أصاب هذا المريض ، كانت نادرة، وتعد على أصابع اليد (٣) .

وهكذا ، فإن التمييز بين المخاطر العادية ، والمخاطر غير العادية أو الإستثنائية ، يعد تمييزاً منطقياً ومبرراً ، ذلك أنه إذا كان من المرغوب فيه إخبار المريض بحقيقة المخاطر العادية التى تترتب على العمل الطبى ، فإن من المبالغة إلزام الطبيب بإخباره بالتفاصيل

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٣ – ص٢٠١ ، وهامش رقم (١) Trib. civ. Lyon; 6 - 11 - 1961. D : 1962. 55 .

(٢) راجع د. محمود سعد – السابق – هامش ص٢٠١ ، ٢٠٢ .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٤ – ص١٨٣ Civ., 23 mai 1973, 2 arrêts, J.C.P. 1975, 11, 17955 .

الكاملة والدقيقة لما قد يقع من المخاطر . ولذلك ، فإن البعض يرى أنه توجد قاعدة مهمة تنتظم هذا الإلتزام ، بمقتضاها يكون على الطبيب أن يقدم للمريض معلومات واضحة ودقيقة ، ولكن فى حدود التطور القائم ، والمخاطر العادية المتوقعة ، بناء على الخبرة المعتادة ، والمعطيات الإحصائية .

ومع ذلك ، فإن أحكاماً أخرى فى هذا الشأن ، قد يفهم منها وجود تطور حول هذه المسألة (١) . فطبقاً لحكم صادر من محكمة النقض الفرنسية ، فى الرابع من مايو سنة ١٩٧٠ ، كان أحد أطباء الأشعة قد قام بفحص مريض بالأشعة بغرض العلاج ، وقد نشأ عن هذا العمل، عجز دائم للمريض. وإدعى هذا الأخير أمام محكمة الموضوع بأن الطبيب لم يخبره بالمخاطر الجسيمة التى تترتب على هذا العلاج. وقد رفضت محكمة النقض قرار محكمة الإستئناف ، لأنه لم يرد على هذا الإدعاء (٢) .

ويرى بعض الفقه (٣) ، أن هذا الحكم ، لا يتضمن خروجًا على

(١) من هذه الأحكام ، الحكم الصادر من محكمة النقض ، بتاريخ ١٤ ابريل ١٩٦١ فى واقعة اجريت فيها لأحد المرضى بموافقته جراحة فى الشرايين فى عام ١٩٥٠ نتجت عنها مضاعفات خطيرة فيما بعد ، يرجع سببها غالبًا إلى إرتفاع فى الضغط. ويغلب على الظن أن المضاعفات المذكورة كانت كثيرة الحدوث فى ذلك الوقت ، نظراً لرداءة الآلة التى كانت تستعمل وقتئذ لإجراء مثل تلك الجراحة . وقالت محكمة الإستئناف انه ليس من الضرورى إبلاغ المريض بالأخطار التى تكتنف الجراحة إن كانت غير مألوفة وغير معتادة ، وإن كانت متوقعة الحصول . وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم . وقالت انه يشترط أن يلم المريض إلماماً تاماً بالمخاطر الإحتمالية غير الإستثنائية التى قد تنجم عن الجراحة المزمع إجراؤها له ، وليس فقط بنتيجتها المعتادة ، وذلك حتى يتسنى له أن يتخذ بشأنها قراراً يصدر عن وعى وبصيرة . عن مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة السابعة – العدد الثانى أبريل . يونيو ١٩٦٢ – ص٢٣٢ .

(٢) عن د. محسن البيه –السابق – بند ١٠٤ – ص١٨٤، وهامش رقم (٣) Civ., 4 mai 1970, B. Civ., n° 152, P. 223 .

(٣) أن دور سنيه وأنى سيماما ، ويذهبان إلى أن هذا التشدد فى تنفيذ الإلتزام –

القاعدة السابقة ، إذ يلزم التفرقة بين معنى المخاطر المتوقعة ، وبين معنى المخاطر الجسيمة أو غير العادية . فالمخاطر المتوقعة يمكن أن تكون جسيمة ، كما يمكن أن تكون عادية . والطبيب يلتزم بإخبار المريض بها جميعًا . وهى تختلف عن المخاطر غير المتوقعة ، أى الإستثنائية ، التى لا يلتزم الطبيب ، بحسب الأصل ، بإخبار المريض بها .

أما لو فهم الأمر على أن الطبيب يلتزم بإخبار المريض بكل المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة ، العادية وغير العادية ، فسوف يكون ذلك أمراً مؤسفاً . فكما لاحظ العميد « كاربونييه » أنه إذا أصبح الطبيب ملتزماً بشرح كل التعقيدات التى يمكن أن تترتب على العلاج ، فسوف نجرد هذا الطبيب من عنصر جوهرى لنجاح العلاج ، وهو معنويات المريض ، إذ أن هذا الأخير ، وبإيحاء ذاتى ، سوف تتضخم فى نظره المخاطر . وهذا سيضعف لديه كثيراً مدى الثقة فى جدوى العلاج .

٢١٠ - ضرورة إعلام المريض إعلامًا كاملاً بكافة المخاطر المحتملة فى حالات محددة :

وعلى الرغم من هذا الجدل المحتدم فى الفقه والقضاء ، حول مبدأ عدم ضرورة إعلام المريض بكافة النتائج المتوقعة ، أو المحتملة للعلاج ، فإنه توجد بعض الفروض التى يلتزم فيها الطبيب بإعلام المريض إعلامًا كاملاً ، ويبصره بكل المخاطر ، ولو كانت إستثنائية ،

- بالإعلام هو ما يتبناه القضاء فى مجال طب التجميل ، ويجد ما يبرره فى هذا المجال ، حيث يتعلق الأمر ليس بمجرد العناية بالمريض ، ولكن بعلاج عيوب طبيعية . وفى نفس المعنى : سافاتييه – المسئولية المدنية – بند ٧٨٢ ، الذى يرى أن هذا الإلتزام يصبح أكثر شدة كلما كانت مخاطر العلاج أو الجراحة جسيمة فى الوقت الذى لا يكون فيه هذا العلاج أو تلك الجراحة أموراً ملحة . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٤ – ص١٨٤ ، ١٨٥ ، وهامش رقم (٤) .

ويشمل ذلك عمليات التجميل ، وإستئصال الأعضاء ، والإجهاض الإرادى .

ففى جراحة التجميل ، يلتزم الطبيب بإعلام الراغب فى الجراحة بكل المخاطر التى قد يتسبب فيها التدخل الجراحى المقترح (١) . وبناء على ذلك ، فقد إعتبر القضاء الفرنسى الجراح مخطئاً لأنه لم يخبر مريضه بالمخاطر الإستثنائية تماماً ، التى يمكن أن تترتب على جراحة تجميل الجفون الداخلية للعين (٢) .

ونفس الحكم بالنسبة لإستئصال الأعضاء ، حيث يلتزم الطبيب بأن يخبر المتبرع بدقة متناهية ، بكل المخاطر . وهذا ما تقرره صراحة المادة الأولى من القانون الفرنسى رقم ٧٨ - ٥٠١ الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٧٨ (٣) . وطبقاً لهذا النص يجب إخبار الشخص بكل النتائج المحتملة للنظام العضوى والنفسى ، التى سوف تترتب على الإستئصال . وكذلك الإنعكاسات الممكنة لذلك على الحياة الشخصية، والعائلية ، والمهنية للمتبرع . ويقع هذا الإلتزام بالإعلام الكامل والدقيق ، ولو كان المتبرع قاصراً .

كما يقرر القانون الفرنسى هذا الإلتزام بإعلام المريض ، وبنفس الشدة السابقة ، فى مجال الإجهاض الإرادى للحمل ، لأسباب خاصة بالأم ، ولغير الضرورة الطبية ، حيث يكون الطبيب - الذى سيتولى عملية الإجهاض ملتزماً بإعلام تلك المرأة بكل الأخطار الطبية التى

---

(١) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٠٥ - ص١٨٥ ، وهامش رقم (١) Lyon, 8 janv. 1981, J.C.P. 1981, 11, 19699, obs. F.CHABAS .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٠٥ - ص١٨٥ ، وهامش رقم (٢) Civ., 17 nov. 1969, D. 1970, 85; GP. 1970, 1, 49, 13 janv. 1959, J.C.P. 1959, 11, 11142, note R.SAVATIER .

(٣) عن د. محسن البيه - السابق - بند ١٠٥ - ص١٨٥، وهامش رقم (٣) Loi n° 78-501 du 31 mars 1978, D. 1973, 245 .

تحيط بالعملية ، وللأمومة المستقبلة ، وجسامة النتائج الحيوية للتدخل الجراحى الذى تقتضيه . وبالطبع ، تعود القاعدة السابقة إلى وضعها المعتاد، متى كان الأجهاض لأسباب طبية [1] .

٢١١ -ه عدم إعلام المريض بكافة التفاصيل مراعاة لحالته النفسية :

كذلك يتعين على الطبيب ، مراعاة الحالة النفسية للمريض ، فى إلتزامه بإعلامه بمخاطر مرضه ومضاعفاته ، والنتائج المترتبة على العلاج . وعلى هذا الأساس يتم تقدير مدى تقيد الطبيب بإلتزامه بإعلام المريض ، ذلك أن عرض النتائج الضارة على المريض قد يؤثر على معنوياته ، الأمر الذى يدفع الطبيب عادة إلى إخفاء بعض هذه النتائج ، أو التهوين من شأنها ، أو حتى سردها بطريقة عامة ، وغير تفصيلية . ويكون على القاضى فى هذه الحالات أن يقوم بتقدير ذلك، فى ضوء ما يستبين له ، من خلال الواقعات المعروضة عليه .

هذا ، وتنص المادة ٣٤ من تقنين العلاج الطبى الفرنسى ، على أن الطبيب يستطيع الإمتناع عن الإدلاء للمريض بحقيقة حالته الصحية، أو بالعملية المطلوب إجراؤها ، إذا كان فى هذا الإدلاء خطورة على المريض .

وعلى ذلك ، فقد أعفت المحاكم الطبيب الذى يهون على المريض تلك النتائج الضارة والمحتملة للتدخل الجراحى ، وذلك بسردها بطريقة سهلة وعامة ، دون تفصيل أو تحديد ، مراعاة لحالته النفسية[2] .

---

(١) بينو – موسوعة دالوز – بند ٦٦٠ – ص٤٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٥ – ص١٨٦ .

(٢) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٤ ، ٣٥ وهامش رقم (٣٠) =

وقد ذهب جانب من الفقه والقضاء ، إلى أنه للطبيب حق إخفاء بعض الحقائق ، وذلك لمصلحة المريض ، ذلك أن لزوم الإفصاح بكل شئ ليس من الأمور اللازمة لعمل الطبيب . فهناك حالات من شأنها أن تبيح للطبيب الكذب على المريض ، وهى الحالات التى يكون فيها المريض فى حالة نفسية تستلزم إخفاء بعض الحقائق الطبية فى سبيل شفائه ، بل إن الصراحة فيها تكون من قبيل الأعمال غير الإنسانية ، التى قد تؤدى إلى تحطيم الروح المعنوية للمريض . وفى هذه الحالات يكون من حق الطبيب ، بل من واجبه ، أن يخفى الحقيقة على المريض (١) .

وقد تأثرت لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى ، والصادرة فى عام ١٩٧٤ ، إلى حد ما بالإتجاه السابق ، حيث نصت المادة ١٩ منها على أنه : « يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة . وفى هذه الحالة ، عليه أن ينهى إلى أهل المريض خطورة المرض وعواقبه الخطيرة ، إلا إذا أبدى المريض رغبته فى عدم إطلاع أحد على حالته ، أو عين أشخاصاً لإطلاعهم عليه » .

وواضح من نص هذه المادة أنه يبرر إخفاء بعض الحقائق عن المريض بمرض ذى عواقب خطيرة ، ولكنه لا يبرر الكذب على المريض ، أو أقاربه . وهو ما نراه سديداً ، وإن كنا نرى أنه حتى فى حالة الإخفاء ينبغى أن يكون ذلك - بقدر الإمكان - فى اضيق الحدود.

وعلى أى الأحوال ، فلقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى حد

Civ. 21 fév. 1961 D. 1961 531 - 14 avr 1961 D. 1961 . 108 - 7 juill. 1964 BC. - . In. 373

(١) عن د. محمود سعد - السابق - بند ١٦٦ - ص٣٠٨ ، ٣٠٩ وهامش رقم (٢) . Carbonnier : Note sous : trib. civ. Paris : 7/3/1952. J.C.P. : 1952.2.7210

إعفاء الطبيب من المسئولية ، فى حالة كذبه العمد على المريض ، بإخفائه حقيقة المرض عليه ، طالما أن ذلك يلعب دوراً حاسماً فى حالته النفسية ، وبالتالى الجسدية . وأن ذكر الحقيقة لن يكون له أى أثر إيجابى ، ولا تستلزمه طبيعة العلاج ، بل يمكن على العكس أن يكون له أثراً سلبياً واضحاً (١) .

كما قضى بأن المريض الذى يخبره الجراح بضرورة إجراء جراحة له فى الجيوب الأنفية ، يعتبر أنه ألم بقدر كاف من العلم بحالته ، حتى ولو أجريت له الجراحة التي كانت تستلزمها حالته فى جبهته ، متى ثبت أن الجراح كان قد أخطر المريض بخطورة حالته ، وبالنتائج الإحتمالية للجراحة ، حتى ولو أخفى عن المريض موضع الجراحة الحقيقى بقصد التهوين عليه ، وعدم إزعاجه (٢) .

ولكن إذا كان الكذب بهدف تضليل المريض ، وحمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب ، لهدف مادى أو تجريبى ، فإنه يعد سبباً فى إقامة مسئولية الطبيب (٣) .

ونفس الحكم بالنسبة للطبيب الذى يبالغ فى وصف حالة المريض، كى يحمله على قبول تدخل جراحى ، لا تستدعيه حالته ، مما يترتب عليه بتر عضو من أعضاء جسمه (٤) .

وأخيراً ، فإن مراعاة الطبيب لحالة المريض النفسية والمعنوية ، يجب ألا تصل إلى حد المبالغة ، حيث يجب إلى جوار ذلك مراعاة أن

---

(١) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٥ ، وهامش رقم (٢١) Paris 7 mars 1952 J.C.P. 1952.II.7210 note Carbonnier .

(٢) مشار إليه فى مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة السابعة – العدد الثانى أبريل يونيو ١٩٦٣ – ص٢٣٢ .

(٣) ذات الحكم المشار إليه ، فى الهامش قبل السابق .

(٤) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٥ ، وهامش رقم (٢٢) Civ. 27 oct. 1953 D. 1953. 658 .

المريض إنسان ، ذو عقل مفكر ، ويتمتع بالحرية ، فلا ينبغى ، من ثم، أن ترجح هذه على حقه فى معرفة ، إلى أين سوف يذهب به الطبيب! [1] .

٢١٢ - • **عدم إعلام المريض بكافة التفاصيل خصوصًا تلك التى يشق عليه إستيعابها :**

وفى إطار إلتزامه بإعلام المريض بمخاطر المرض والعلاج ، لا يكون الطبيب ملتزماً بأن يضمن إعلامه كافة التفاصيل الفنية التى لا يستطيع إستيعابها علمياً ، سواء تعلق الأمر بنتائج المرض ، أو طرق العلاج المستخدمة .

فعلى سبيل المثال ، فهو لا يستطيع أن يشرح للمريض كل ما يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير ، أو الصدمات الكهربائية ، طالما أن تلك الطرق من المتعارف علمياً على إستخدامها . حيث يجوز للطبيب أن يستخدم كل الوسائل الطبية المسلم بها ، طالما أنها لم تعد محلاً للتجارب حول صلاحيتها الأولية .

إلا أنه إذا كانت تلك الوسائل يمكن أن تثير لدى المريض نتائج ضارة خاصة به ، نظراً لحالته الجسمية ، فإنه ينبغى على الطبيب أن يحيطه علمًا بذلك ، وإلا أصبح مسئولاً عن تلك النتائج ، ولو بذل فى ذلك العناية المعهودة [2] .

وغنى عن البيان ، أن القضاء بدوره يقدر عدم فائدة إخبار المريض بكل التفاصيل الفنية الدقيقة ، بل يكفى أن يقدم له الطبيب ، معلومات مبسطة وتقريبية ، بعيداً عن المصطلحات الطبية البحتة ،

---

(١) أن دوسنيه وآتى سيماما . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) عن د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٣٥، وهامش رقم (٢٤) Crénoble 5 jan. 1949 G.P. 1949. 1. 216 .

حتى يستطيع فهمها ، ولكن بشرط أن تكون معلومات صحيحة ، وغير مشوهة .

فالملاحظ أن القضاء قد ذهب فى هذا الشأن ، إلى التخفيف من حدة المبدأ السابق ، فقرر أن الطبيب لا يلزم إلا بشرح الخطوط العريضة للمرض والعلاج ، ولا يلزم بالدخول فى التفاصيل الدقيقة ، فلا يلتزم الطبيب ، الذى يضطر لتخدير المريض لإجراء الجراحة، بإخطاره أن هناك الكثيرين ممن يموتون من التخدير (١) .

٢١٣ - (٣) إثبات تخلف الطبيب عن تنفيذ إلتزامه بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة :

يثير إلتزام الطبيب بإعلام المريض بمرضه والمضاعفات التى يمكن أن تتولد عنه ، والمخاطر المتوقعة نتيجة العلاج مسألة من يتحمل عبء الإثبات ، فى حالة الإدعاء بتخلف تنفيذ هذا الإلتزام ، وهل هو الطبيب ، أم المريض ؟ .

يرى بعض الفقهاء ، أن هذا العبء ، يتعين أن يكون من نصيب الطبيب ، وليس المريض . فعليه إذن أن يثبت ، إما الوفاء بهذا الإلتزام، أو أن سبباً أجنبياً منعه من ذلك (٢) .

ويبرر بعضهم هذا الحل ، بالثقة التى يجب أن تسود علاقة المريض بالطبيب ، وتمنع المريض من إعداد دليل كتابى ، أو شهود ، على مضمون علاقته بالطبيب . وإذا كان الأمر كذلك ، فلن يجد المريض دليلاً يثبت به أن الطبيب لم يخبره بأهمية ومخاطر التدخل الجراحى ، الذى تم بناء على نصيحة الطبيب .

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ١٦٣ – ص٢٩٩ وهامش رقم (٣) Trib. civ. douai: 16.5.1963. D.H : 1963. 436 .

(٢) راجع د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٧ – ص١٨٧ ، ١٨٩ .

ويرى الدكتور محسن البيه ، أنه لتفادى مشاكل إثبات عدم إعلام المريض بمخاطر العلاج والجراحة ، فإنه يتعين تكييف هذا الإلتزام ، بإعتباره إلتزامًا بتحقيق نتيجة . على الطبيب أن يثبت الوفاء به ، أو السبب الأجنبى، الذى منعه من ذلك [١] .

ومن قبيل السبب الأجنبى ، فى هذه الأحوال ، حالة الإستعجال أو الضرورة المطلقة ، والحالة الصحية المترديه للمريض ، وكذب المريض [٢] .

فمن ناحية ، لا يعتبر الطبيب مخطئًا ، إذا لم يخبر المريض بمخاطر العلاج أو الجراحة ، بسبب حالة الضرورة ، بحيث يوجد خطر وشيك يهدد حياة المريض ، إذا لم يقم بالعلاج أو الجراحة فوراً، دون إنتظار لإخبار المريض ، كما لو كان الأخير فاقد الوعى . وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية حالة الإستعجال ، كسبب لإعفاء الطبيب من الإلتزام بتنوير المريض قبل إجراء الجراحة ، حيث كان الأخير مصاباً بثقبين فى عظام الجمجمة ، يوصلان إلى المخ ، لدرجة كانت حياته معها مهددة ، ما لم تتم الجراحة بأقصى سرعة ممكنة[٣].

ومن ناحية أخرى ، فإن سوء الحالة الصحية للمريض يمكن أن يبرر إعفاء الطبيب من إلتزامه بإعلام المريض ، إذا كان من شأن ذلك إزدياد حالته سوءاً ، إلا أن الطبيب يلتزم – فى هذه الحالة – بإعلام الأشخاص الذين لهم سلطة قانونية ، أو واقعية على المريض ، كوالده، وأبنائه ، أو أى فرد أخر من أفراد أسرته .

ومن تطبيقات ذلك ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من

---

(١) راجع د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٧ – ص١٨٧ ، ١٨٩ .

(٢) المرجع السابق – بند ١٠٨ – ص١٨٩ .

(٣) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٨ – ص١٨٩ ، وهامش رقم (١) Civ., 30 juin 1958, B, civ., 1, n° 276 .

أن الجراح لا يكون مخطئاً ، بالرغم من أنه لم يخبر المريض أن جزءاً من إبرة الحقن ظل داخل جسمه ، لأنه لم يرد أن يسوئ من حالة المريض النفسية ، قبل إجراء العملية الجراحية (١) .

وأخيراً ، فلا مسئولية على الطبيب ، إذا كان السبب فى عدم إعلامه للمريض بالمخاطر المذكورة ، هو كذب المريض نفسه . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، فى سنة ١٩٦٧ ، حيث كان المريض مصاباً بمرض النقرز ، على إثر محاولة سابقة للعلاج بالأشعة، الأمر الذى كان يجب إخبار الطبيب المعالج به ، قبل الشروع فى العلاج الجديد ، وإلا سيتعرض المريض لأخطار حقيقية . وقد قضت المحكمة بعدم مسئولية الطبيب ، رغم عدم إعلامه للمريض بهذه المخاطر ، لأن المريض كان قد كذب على الطبيب ، عندما سأله عما إذا كان قد عولج بهذه الطريقة من قبل ، أم لا (٢) .

٢١٤ - (د) خطأ الجراح في عدم تخير الوقت المناسب لإجراء الجراحة :

فبالنظر إلى دقة العمل الجراحى ، وإرتباطه بصفة خاصة ، بعملية تخدير المريض ، فإنه يتعين على الجراح ، أن يراعى الوقت المناسب ، الذى يقوم فيه بإجراء الجراحة ، كأن يتأكد من أن المريض ما يزال تحت تأثير المخدر ، وأن يكون هناك وقت مناسب ، ما بين تهيئته للجراحة ، وبين الشروع فى تنفيذها .

وعلى ذلك ، فقد أقر القضاء بخطأ الجراح ، لإجرائه عملية لطفل، حديث الولادة ، تحت مخدر عام وعميق ، دون مراعاة الوقت

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٠٨ – ص١٩٠ وهامش رقم (٢) Civ., 14 févr., 1973, B.civ., 1, n° 55, P. 5V .

(٢) عن المرجع السابق – ص١٩٠ وهامش رقم (٣) Civ., 21 févr. 1967, B. civ., 1, n° 74, P. 55 .

المناسب ، بين تهيئته للجراحة ، والشروع فى تنفيذها (١) .

٢١٥ - (هـ) خطأ الجراح فى عدم القيام بالفحوص اللازمة قبل التدخل الجراحى :

فكما هو الحال فى كل عمل علاجى ، فإنه يجب على الجراح أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية ، قبل إجراء التدخل الجراحى . ولا يجب أن يقتصر الفحص على الموضع ، أو العضو الذى سيكون محلاً للعملية ، بل على الحالة العامة للمريض ، ومدى ما يمكن أن يترتب من نتائج إيجابية ، على التدخل الجراحى (٢) .

وعلى ذلك ، فقد قضى بمسئولية الطبيب ، الذى حل محل زميله، دون أن يقوم بإجراء الفحوص اللازمة ، وبالحصول على المعلومات الضرورية ، عن حالة المريض (٣) .

كما يتعين على الجراح أن يستوثق قبل إجراء العملية ، ما إذا كان المريض على الريق من عدمه . وإغفال هذا الواجب من شأنه أن يعرض المريض لخطر الوفاة خنقًا نتيجة لقئ فضلات الطعام تحت تأثير البنج (٤) .

ويجب الأخذ فى الإعتبار مكان الفحص ، والإمكانيات المتاحة ، ومدى وجوب التدخل السريع لإنقاذ المريض ، ومدى إمكانية

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢٢٦ ، وهامش ، رقم (٢١٦) Cass . Grim., 22-6 . 1972, J.C.P., 1972 - 11 - 17266 .

(٢) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٧٥ ، وهامش ر قم (١) Req 21 juill. 1946 D. 1947. 486 .

(٣) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٧٦، وهامش رقم (٣) Colmar 28 juill. 966 D. 1967. 44 .

(٤) عن د. الشوا – السابق – بند ٥٥ – ص٥٩ ، وهامش رقم (٣) Paris 10 déc 1970 D.1971 som p. 38 .

مناقشته ، هو أو أهله ، للإستعلام عن حالته . ويكون على الطبيب الإستعانة- عند عدم تمكنه من التيقن من حالة المريض - بمن هم أكثر تخصصاً ، في المجالات الطبية الأخرى [1] .

فقد حكم بمسئولية الجراح ، بسبب عدم إتخاذه الإحتياطات اللازمة ، للتأكد من أن المريض كان قد إمتنع عن الأكل ، قبل إجراء العملية [2] .

ومن جهة أخرى ، فيتعين على الجراح أن يتأكد من حسن إستقرار المريض على منضدة الجراحة ، فقد قضى بمسئولية الجراح الذى لم يتأكد من حسن إستقرار المريضة على منضدة الجراحة ، بما يترتب عليه من تشوه فى ذراعها ، لإصابتها ببداية شلل ، حيث كان ينبغى عليه التأكد من سلامة المنضدة ، وآلات تثبيت المريض [3] .

وينبغى على الجراح أن يتأكد قبل إجراء العملية ، ما إذا كان المريض- والمصاب بجرح جسيم - قد تناول الحقنة المضادة للتيتانوس من عدمه .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة «فالنسيين» من أنه عندما يجد الطبيب فى حادثة ، أنه بإزاء جرح متسخ من جسم أجنبى ، ولا يمكن تنظيفه ، فإنه يرتكب خطأ جسيماً إذا لم يحقن المصاب بالمصل المضاد للتيتانوس [4] ، ما لم يثبت أنه فى

---

(١) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٧٥ ، وهامش قم (٢) Paris 29 oct. 1993. D.95. 95 .

(٢) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٧٥ وهامش رقم (٣) Paris 4 mars 1970 G.P. 1970. 1. 45 .

(٣) محكمة «إكس» ، فى ١٠ نوفمبر ١٩٥٣ - دالوز ١٩٥٤ - ٢ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٥٩، وهامش رقم (٢) .

(٤) محكمة «فالنسيين» ، فى ٢٦ ديسمبر ١٩٣٠ (دالوز ١٩٣١ - ٢ - ١٩٣١) عن د.الجوهرى - السابق - ص٤٢٢، وهامش رقم (٥) آنف الإشارة إليه .

طبيعة الإصابة ، ولا فى الظروف ما يحتم هذا الإجراء (١) .

وبالنظر لأخطار العلاج بهذا المصل ، فإن الجراح لا يصح أن يعد مسئولاً ، إذا لم يحقن المصاب ، الذى لم يصب بغير جروح بسيطة وسطحية، لا تبرر إعطاء هذا المصل (٢) .

وقد أدانت محكمة «باريس» جراحًا ، لإهماله فى إجراء مثل هذا الفحص ، حيث توفى المريض بعد إجراء العملية ، متأثراً بمرض التيتانوس ، لعدم تناوله العلاج المضاد له (٣) .

٢١٦ - (و) خطأ الجراح فى عدم الإستعانة بأخصائى تخدير :

استقر القضاء على نحو مضطرد على إدانة الممارسة الطبية المألوفة ، التى يلجأ إليها بعض الجراحين ، والتى تتمثل فى قيامهم بتخدير المرضى ، بدون الإستعانة بأخصائى تخدير وإنعاش . وفى هذا الفرض ، نلاحظ أن الجراح ، إما أن يمارس بنفسه عملية تخدير المريض ، وبدون أن تتوافر لديه الكفاءة اللازمة (٤) ، أو أن يستعين بشخص غير كفء (٥) . وسواء أكان التخدير موضعياً (٦)، أو كلياً(٧).

وتبرر إدانة القضاء لهذه الممارسة ، المخاطر التى يتعرض لها الشخص الخاضع لتأثير المخدر الموضعى، أو الكلى ، وعلى الأخص

---

(١) اسبالبون ، فى ١٠ اكتوبر ١٩٣٢ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ٥٩٧) عن د.الجوهرى - السابق - ص٤٢٢ وهامش رقم (٦) .

(٢) محكمة «مونبلييه» ، فى أول فبراير ١٩٣٣ (سيرى ١٩٣٥ - ٢ - ١٤٣) عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٢٣ ، وهامش رقم (١) .

(٣) عن د. الشوا - السابق - بند ٥٥ - ص٥٩ ، وهامش رقم (٢) Paris 10 fév. 1954 . préc

(٤) عن د. الشوا - السابق - بند ٥٧ - ص٦٠، وهامش رقم (٤) انظر T.G.I. Chartres . 28 oct 1959 D. 59 J. 611

(٥) ، (٦) ، (٧) راجع هذه الأحكام فى د. الشوا - السابق - بند ٥٧ - ص٦١ ، والهوامش أرقام (١) ، (٢) ، (٣) .

حوادث التشنج ، والتى تنشأ عنها الأزمات القلبية التى تؤدى إلى وفاة المريض ، إذا لم يتلق العناية اللازمة فى الوقت المناسب ، بواسطة شخص كفء .

ومن الأمثلة على خطأ الجراح فى إجراء الجراحة بنفسه ، بدون الإستعانة بأخصائى تخدير ، ما قضت به محكمة «انجيه» الفرنسية من أن الطبيب الذى يكلف بعمل عملية جراحية لشخص ما برضاء أهله، وفى أثناء مباشرة العملية ، يخطر بباله أن يخدر المريض بالكوروفورم، تخديراً لأعصابه الهائجة ، فيترتب على هذا التخدير وفاة المريض يكون مسئولاً ، ولو إدعى بأن الوفاة قد حدثت لأسباب ما كان فى قدرة أحد أن يتنبأ بإحتمال وقوعها. وقد عابت المحكمة على الطبيب أنه أمر بتخدير المريض فجأة وهو تحت العملية ، وكان يجب عليه أن يفحصه قبل ذلك ، ثم وجوب إستعانة الطبيب بمساعد يعاونه على إجراء عملية التخدير[1].

وقضى بمسئولية الطبيب ، الذى لم يحتاط للعملية الجراحية ، بإحضار طبيب تخدير مختص ، ولو لم يكن من المؤكد أن حضوره، يمكن أن يمنع حدوث ما وقع من أضرار [2] .

كما عرضت على محكمة «باريس» دعوى سيدة تدعى « س » كانت قد رغبت فى إجراء عمليتين جراحيتين لتجميل صدرها . أجريت العملية الأولى فى ديسمبر ١٩٦٠ ، تحت تأثير مخدر كلى ، وبغرض إعادة تنظيم وضع الثديين ، وإعادة الحلمتين إلى وضعهما الطبيعى . وأجريت الثانية فى يوليو ١٩٦١ ، بغرض إزالة الندبات

---

(١) حكم محكمة «انجيه» ، فى ٢١ اغسطس ١٩٢١ (جازيت باليه ١٩٢١ - ٢ - ١٦٢) - عن د.الجوهرى - السابق - ص٤١٥ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) عن د منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٧٦ وهامش رقم (٢) Paris 23 avr. 1968 . J.C.P. 1968. 11. 15625 - Civ, 27 jan. 1970 D. 1970. 70

الموجودة على بشرة الجلد ، والتى خلفتها العملية الجراحية الأولى ، وقد اجريت الأخيرة تحت تأثير مخدر موضعى قام به الجراح بنفسه . وقد أصيبت خلالها المريضة بتشنجات عامة أدت إلى وفاتها . ووفقاً لتقرير الخبراء ، فإن الحادث يرجع إلى إعطاء مقدار كبير من مادة المخدر . وقد ورد فى حيثيات حكم الإدانة : « ... ولو أن الغالبية العظمى من الجراحين ، يباشرون بأنفسهم عمليات التخدير الموضعى، ولا يحتاطون قبل تدخلهم الجراحى بإمكانية الإستعانة ، فى الحال ، وعند اللزوم بأخصائى تخدير ، إلا أن عدداً منهم على الأقل يفعل ذلك ، وأن الجراح الذى يغفل هذه الحيطة ، يعد مرتكبًا لإهمال » فى حالة وفاة المريضة ، بسبب التخدير (١) .

وأيضاً ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكماً قضى بإدانة جراح تجميل ، فى واقعة تتعلق بفتاة تبلغ من العمر واحداً وعشرين عامًا ، كانت قد رغبت فى إجراء جراحة تجميل لأنفها وأذنيها ، وأجريت العملية تحت تأثير مخدر موضعى ، باشره جراح تجميل بنفسه . وعقب إنتهاء العملية بساعتين إثنتين ، إنتابت المريضة صعوبات فى التنفس أفقدتها وعيها . وظلت المريضة فى غيبوبة لعدة أيام ، ثم توفيت بعد ذلك ، على الرغم من محاولة طبيب التخدير الذى إستدعى مؤخراً لإفاقتها . وقد نسبت محكمة الموضوع إلى الجراح - علاوة على خطئه فى عدم الإستعانة بطبيب تخدير - الإهمال فى الإشراف على المريضة ، بعد إجراء العملية (٢) .

ومن التطبيقات القضائية للمحاكم المصرية ، ما قضت به الدائرة الجنائية بمحكمة النقض من أنه ، إذ عرض الحكم لبيان ركن الخطأ

---

(١) عن د. الشوا - السابق - بند ٥٨ - ص٦١ ، ٦٢ ، وهامش رقم (١) Paris 23 avril 1968 préc; crim 9 nov. 1977 préc .

(٢) نقض فرنسى ، فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٧٧ . عن د. الشوا - السابق - بند ٥٨ - ص٦٢ .

المسند إلى المتهم الثانى (طبيب) ، بقوله : « إنه طلب إلى الممرضة والتومرجى أن يقدما له بنجًا موضعيًا بنسبة ١٪ دون أن يعين هذا المخدر ، ودون أن يطلع على الزجاجة التى وضع فيها ، ليتحقق مما إذا كان هو المخدر الذى يريده أم غيره . ومن أن الكمية التى حقنت بها المجنى عليها تفوق إلى أكثر من الضعف الكمية المسموح بها ، ومن أنه قبل أن يجرى عملية جراحية قد تستغرق ساعة فأكثر دون أن يستعين بطبيب خاص بالمخدر ، ليتفرغ هو لمباشرة العملية ، ومن أن الحادث وقع نتيجة مباشرة لإهماله وعدم تحرزه بأن حقن المجنى عليها بمحلول « البونتوكايين » بنسبة ١٪ ، وهى تزيد عشر مرات عن النسبة المسموح بها . فتسممت وماتت » - فإن ما أورده الحكم من أدلة على ثبوت خطأ الطاعن من شأنه أن يؤدى إلى ما رتبه عليها[1] .

وما قضت به ذات المحكمة من أن الحكم المطعون فيه ، قد عول « ... فى ثبوت خطأ الطاعن على ما أورده من تقرير الطب الشرعى من أن تصدى الطاعن لإجراء عملية قيصرية فى عيادته ، دون الإستعانة بطبيب تخدير حسب الأصول الطبية ... يعد خطأ مهنيًا من جانب الطاعن يسأل عنه . وعن نتيجته السيئة التى إنتهت بوفاة المجنى عليها » [2] .

ومن الأمثلة على خطأ الجراح فى إجراء الجراحة ، دون الإستعانة بمساعد كفء لإجراء عملية التخدير ، ما قضت به محكمة «دويه» ، من أنه يعتبر مهملاً وأرعنًا ، الطبيب الذى يخالف ما جرى عليه العمل بين الأطباء ، من حيث الإستعانة أثناء إجراء العمليات الجراحية بشخص حاصل على دبلوم فنى فى التخدير ، أو على

---

(١) نقض مصرى - جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ - س١٠ - ص٩١ .

(٢) نقض مصرى - جلسة ١٩٩٢/٦/٧ - س٤٣ - رقم ٨٨ - ص٥٩٥ .

الأقل ذى خبرة طويلة فى فن التخدير. فإذا إستعان طبيب بسيدة عاملة بسيطة فى مصنع ، وأسند إليها عملية تخدير المريضة ، بالرغم من علمه أنها غير حاصلة على دبلوم فنى فى التخدير ، وعديمة الخبرة بالمواد المخدرة وعمليات التخدير ، إذ أنها لم تباشر هذه العملية سوى مرتين خلال مدة مزاولته مهنة الطب . وتوفيت المريضة أثناء التخدير، فإنه لا مناص من مساءلته جنائياً (١) .

كما قضت محكمة «فوا» بأن من الأخطاء التى يسأل عنها الطبيب ، أن يحاول إجراء التخدير بغير معونة من شخص قادر على تعرف تأثيره على المريض . وفى هذه الدعوى كان الطبيب يجرى عملية إزالة ورم ليفى من الرحم بمعونة أبيه وحده ، تاركاً لهذا الأب تخدير المريضة بالإيثير ، مع عدم معرفته بذلك . وأصيبت المريضة بهبوط . وحاول الأب عبثًا أن يعالج الحالة بحقن الكافور والأدرينالين بدون جدوى ، فإضطر الطبيب إلى أن يترك العملية لينظر فى ذلك بنفسه . وطالت العملية بسبب ذلك ، وإرتخى الرباط الذى كان قد ربطه به شريان الرحم ، وحدث نزيف دموى إنتهى إلى الوفاة (٢) .

ومن ذلك أيضاً الحكم الصادر من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٩٧٦ ، وتتعلق وقائع الدعوى بإجراء عملية لطفل يبلغ من العمر ستة عشر شهراً ، عبارة عن خياطة جرح بإبهامه . وقد أسند الجراح مهمة التخدير إلى ممرضة كانت تعمل مساعدة لطبيب تخدير المستشفى . وقامت هذه الأخيرة بهذا العمل، بدون إستئذان رئيسها ، ثم توقفت فجأة عن أداء وظيفتها ، وقد توفى الطفل أثناء إجراء العملية ، وقد أدانت محكمة «دويه» الجراح .

---

(١) محكمة «دويه» ، فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٢ – سيرى سنة ١٩٥٢ – الجدول الأبجدى – ص٥٥ . عن خطاب ورزيق – السابق – ص١٧٦ .

(٢) محكمة «فوا» ، فى ٧ مارس سنة ١٩٢٨ – مشار إليه فى فنيه – ص٩٤ ، ٩٥ . عن د.الجوهرى – السابق – ص٤١٥ ، ٤١٦ ، وهامش رقم (١) .

وأيدت محكمة النقض هذا الحكم . وقد نسب إلى الجراح عدم مراعاته الحيطة اللازمة ، والمتمثلة فى عدم إستعانته بأخصائى تخدير أثناء إجراء العملية ، إضافة إلى أن المسئولية المكلف بها ، تستلزم منه عدم ترك الطفل بدون متابعة ، وتقتضى التواجد الدائم للممرضة التى باشرت عملية التخدير (١) .

وقد عرضت أمام القضاء المصرى وقائع تنتمى إلى مثل هذا النوع من الدعاوى . فقد عرضت فى سنة ١٩٣٤ دعوى تتعلق بطفل فى العاشرة من عمره ، أدخل إلى مستشفى «هرمل» ، ليعالج من خراج بجدار البطن ، رؤى ضرورة إجراء عملية جراحية له ، بقصد تنظيف الخراج ، خشية أن يتصل بتجويف البطن . وقد فحص الطبيب الغلام، ثم عهد بإجراء التخدير إلى كاتب المستشفى ، الذى إعتاد أن يجرى هذا العمل . وتوفى الغلام قبل الشروع فى إجراء العملية . وذكر مدير المستشفى أن المتهم متمرن على عملية إعطاء المخدر . وقد عمل فيها مدة إثنتى عشرة سنة ، أعطى فيها المخدر لقرابة الف شخص . وقرر الطبيب الشرعى أن سبب الوفاة هو الصدمة العصبية الناشئة عن تعاطى مادة الكلوروفورم ، إما نتيجة حساسية خاصة فى الغلام ، تجعله لا يحتمل الكلوروفورم ، أو نتيجة لعدم إعطائه له بالطريقة الفنية الواجبة . وأن عدم وجود حساسية خاصة لدى الغلام ضد الكلوروفورم ، أمر لا يمكن التكهن به ، إلا إذا ثبت أن المذكور سبق أن أعطى الكلوروفورم وتحمله . ورجح الطبيب الشرعى الفرض الثانى . وهو أن الوفاة نتيجة الصدمة الناشئة عن تعاطى المخدر بغير الطريقة الفنية ، إستناداً إلى أن الذى أجرى التخدير غير طبيب ، وإلى أنه قد يكون فى الإمكان إعطاء مقادير كبيرة من الكلوروفورم وتحملها دون إحداث أية مضاعفات خطيرة ، إذا روعيت

---

(١) راجع عن د. الشوا – بند ٦٠ ص٦٢ ، ٦٤، وهامش رقم (٣) ص٦٢ Crim 16 nov. 1976. J.C.P. 1977. 11. 18617, R.S.C. 1977. p. 336. obs F. Levasseur .

فى إعطاء المخدر الطرق الفنية الواجبة لذلك . كما قرر أنه يرى أن الوفاة فى المرحلة الأولى من إعطاء المخدر ، وقبل تمام التخدير ، هو فى الراجح نتيجة تأثير الكلوروفورم نفسه على العصب النابه . وأن كمية المخدر فى الهواء ، كانت أكبر من النسبة المعتاد تعاطيها ، فحصل بذلك توقف القلب فجأة . وأنه لا يوجد فى الصفة التشريحية ما ينفى ذلك. وعلى الرغم من ذلك ، فقد برأت المحكمة المتهم ، وإستبعدت رأى الطبيب الشرعى ، وإنتهت إلى أن خطأ المتهم لم يثبت بعد على نحو قاطع (١) .

ولكن الملاحظ ، أن النيابة لم تعتبر أن هناك خطأ ما قد صدر من الجراح . ومن ثم فلم يتم تقديمه إلى المحاكمة .

٢١٦م- (و) خطأ الجراح فى التأكد من مطابقة المخدر للمواصفات التى تجعله صالحًا لتخدير المريض :

لا شك فى أنه من واجب الجراح - فيما يتعلق بعملية تخدير المريض - أن يقوم بتحديد المواصفات ، التى يلزم توافرها ، فى المخدر الذى سيتم حقن المريض به ، وذلك بإعطاء أوامر صريحة ، وكافية للمساعد القائم بعملية تحضيره ، بحيث تشمل هذه الأوامر ، نوع هذا المخدر ، وكميته ، ونسبته ، بل إنه يتعين عليه كذلك ، أن يطلع على الزجاجة التى تحتويه ، ليتأكد مما إذا كان هو نفس النوع الذى طلب تحضيره ، أم لا ، وغير ذلك من الأمور التى تتعلق بتخدير المريض ، لما هو معلوم من أن عملية التخدير من العمليات الطبية ، ذات الخطورة العالية ، والتى يترتب على الخطأ فى تنفيذها ، أضراراً جسيمة ، قد تودى بحياة المريض .

---

(١) حكم محكمة «السيدة زينب» فى قضية النيابة العمومية رقم ٤٣٢ سنة ١٩٢٤ جنح مصر القديمة - عن د. الجوهرى - السابق - ص٤١٨ ، وهامش رقم (٢) .

ومن التطبيقات القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة النقض المصرية ، من أنه إذ عرض الحكم لبيان ركن الخطأ المسند إلى المتهم الثانى (طبيب) ، بقوله « إنه طلب إلى الممرضة والتمورجى ، أن يقدما له بنجاً موضعياً ، بنسبة ١ ٪ دون أن يعين هذا المخدر ، ودون أن يطلع على الزجاجة التى وضع فيها ، ليتحقق مما إذا كان هو المخدر الذى يريده ، أم غيره ، ومن أن الكمية التى حقنت بها المجنى عليها ، تفوق إلى أكثر من ضعف الكمية المسموح بها ... ومن أن الحادث وقع نتيجة مباشرة لإهماله وعدم تحرزه ، بأن حقن المجنى عليها بمحلول « البونتوكايين » ، بنسبة ١ ٪ ، وهى تزيد عشر مرات عن النسبة المسموح بها ، فتسممت وماتت » - فإن ما أورده الحكم من أدلة على ثبوت خطأ الطاعن ، من شأنه أن يؤدى إلى ما رتبه عليها - أما ما يقوله المتهم من أن عمله فى مستشفى عام ، قائم على نظام التقسيم والتخصيص ، يعفيه من أن يستوثق من نوع المخدر وصلاحيته ، وأنه مادام ذلك المخدر قد أعد من موظف فنى مختص ، وأودع غرفة العمليات ، فإنه فى حل من استعماله ، دون أى بحث - هذا الدفاع من جانب المتهم ، هو دفاع موضوعى ، لا تلزم المحكمة بالرد عليه ، بل إن الرد عليه مستفاد من أدلة الثبوت التى أوردتها المحكمة عل خطأ المتهم ، واسست عليها إدانته وهو ما أولته المحكمة - بحق - على أنه خطأ طبى ، وتقصير من جانب المتهم ، لا يقع من طبيب يقظ، يوجد فى نفس الظروف الخارجية ، التى أحاطت بالطبيب المسئول ، بما يفيد أنه ، وقد حل محل أخصائى التخدير ، فإنه يتحمل التزاماته، ومنها الاستيثاق من نوع المخدر[1] .

٢١٧ - (ز) خطأ الجراح فى عدم الإستعانة بالمساعدين :

يحتاج العمل الطبى - كما فى غيره من الأعمال المهنية الأخرى - إلى فريق من المتخصصين ، كل فى ميدان تخصصه ، الأمر الذى

---

(١) نقض مصرى - جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ ص ١٠ - ص ٩١ أنف الإشارة إليه.

ينعكس بالإيجاب على الأداء المطلوب ، من حيث جودته ، وضمان درجة أكبر من النجاح . وقد أدت هذه الحقيقة إلى ضرورة الإستعانة بهؤلاء المتخصصين ، كلما تطلبت حالة المريض القائمة ذلك . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإنه لا يمكن إنكار ما تقدمه مجموعة الخدمات المعاونة من أعمال تساهم فى إنجاح المهمة المطلوبة من الطبيب . ومن هذه الخدمات : الفنيون ، والمرضون ، والمرضات .

ولعله من الملاحظ أن العمل فى صورة الفريق الطبى ، أبرز ما يكون فى التدخل الجراحى . ويترتب على عدم ترجمة الحقائق السابقة إلى واقع ، بمعنى عدم الاستعانة بالمساعدين ، وبالأفراد المتخصصين فى تقديم الخدمات المعاونة ، أن تتم مساءلة المسئول عن اغفال هذه الاستعانة ، متى كانت ضرورة تحتمها الحالة المرضية المعروضة ذاتها ، والتدخل الجراحى اللازم لمواجهتها .

ومن المقرر أن الطبيب يسأل عن إجرائه لعملية جراحية . دون توافر المساعدة الضرورية ، ما لم تتوافر حالة الضرورة (١) .

إلا أنه ينبغى التأكيد بأن إلتجاء الطبيب إلى زملاء له لإستشارتهم، أو الإستعانة بمن هم أكثر خبرة وتخصصاً ، ليس إلتزاماً عاماً على الطبيب ، بل هو أمر جوازى له ، ومن ثم فإن إمتناعه لا يشكل خطأ من جانبه إلا فى الحالات الإستثنائية التى تستدعى ذلك(٢) .

فيعد عدم تبصر من قبل الطبيب المصاب بعجز فى يده اليمنى ،

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٩٤ ، وهامش رقم (٢) Douai 14 mai 1930 G.P. 14 nov. 1931 .

(٢) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٩٤ ، وهامش رقم (٣) Rabat 19 juin 1951 D. 1952-21 .

اجـراءه لعمليـة جراحيـة دون مـسـاعدة زمـيل مـخـتص ، إذ يشكل هذا خطأ عادياً بعيـداً عن المهنة ، يستطيع القاضـى تبينه بسـهولة ، وتقدير مدى خطورته بنفسه [1] .

ومن البـديهى أن الإلتـزام بالإسـتـعـانة بالمسـاعـدين - فى حـالة وجـوده - يسـقط عـن كـاهـل الطبـيـب فى حـالات الضـرورة والإسـتعجال[2] .

٢١٨- (ح) خطأ الجراح فى أدائه للعمل الجراحى بعجلة لا مبرر لها:

الواقع ، أن أداء العـمـل الجـراحـى ، يحـتـاج من الجـراح إلى إتبـاع قواعد الخبرة الإنسانية الخاصة أو الفنية التى توجبها مهنته . وتقضى هذه الخبرة عادة ، بأن يكون اداء هذا العمل ، مـتسماً بالهدوء والروية ، لأن العـجلة فى أدائه نادراً مـا تكون مطلوبة ، نظراً للدقة الـتى يتمـيـز بهـا . فـإذا مـا خـالف الجـراح ذلك ، وترتبت علـى هذا الخطأ أضـرار للمريض ، عد مسئولاً عن هذه الأضـرار .

وعلى ذلك ، فقد قـضت مـحكمة النقض الفرنسـية بإدانة الجراح ، على أسـاس مـا بدر منه من رعـونة ، تمثلت فى سـرعة أدائه للـعمل الجراحى الذى قام به ، على خلاف ما تقضى به أصول الصنعة [3] .

٢١٩ - (ط) خطأ الجراح فى عـدم الإستمرار فى إجراء العملية بنفسه حتى النهاية :

يقوم الجـراح أحياناً بإجراء الجـزء الجوهرى من العملية بنفسه ، ثم يتـرك مسـألة إتمامـها (عـمليات التوصـيل ، والنظافـة ، والخيـاطة) لمساعديه ، وخاصة النواب ، بغية التعليم والتدريب .

---

(١) عن د. منصـور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٩٤ ، ٩٥ ، وهامش رقم (١) Douai 19 jan. 1931 D. 1932. 9 .

(٢) عن د. منصـور - السـابق - ٢٠٠٦م - ص٩٥ ، وهامش رقم (٢) Paris 4 mas 1898 D.1898. 2. 449 .

(٣) عن د. حسـن قـاسم - السـابق - ص٢٣٠ ، وهامش رقم (٢٢٧) Cass. Grim., 27/11/1990, Dr. Pén. Avril 1991 no 103 .

ففى إحدى القضايا قام الجراح بإجراء العملية ، وترك عملية «التشطيب» للنواب . تورمت ساق المريضة ، وإزرقت بعد العملية ، بسبب خطأ فى توصيل وخياطة عناصر الدورة الدموية . رفض القضاء إلقاء المسئولية على عاتق النائب وحده ، فالجراح وإن سمح للنواب بمساعدته وتلقى التدريب ، فإن ذلك ينبغى أن يتم تحت إشرافه ، وبتوجيه منه وتحت مسئوليته . وينبغى عليه إتمام العملية ، والإطمئنان عليها بنفسه .

وبصفة عامة ، فإن إستبدال الجراح نفسه بجراح أخر ، بدون موافقة المريض ، ودون أن تكون هناك حالة ضرورة تستدعى ذلك ، يشكل خطأ من جانبه ، يجعله مسئولاً عن كافة الأضرار الناجمة عن ذلك (١) .

٢٢٠ - (ى) خطأ الجراح فى عدم متابعة حالة المريض بعد إنتهاء العملية :

لا يقف إلتزام الطبيب الجراح ، عند مجرد إجراء العملية الجراحية، بل يمتد إلتزامه بالعناية بالمريض إلى ما بعد ذلك ، حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات ، من جهة ، وحتى يستطيع المريض الخروج من الغيبوبة ، ويستعيد نفسه، من جهة أخرى . ولا يصل ذلك - بطبيعة الحال - إلى حد ضمان شفاء المريض ، ونجاح العملية ، بل يقتصر على الإستمرار فى الرعاية، وبذل العناية (٢) .

وعلى ذلك ، فقد إعتبر الجراح مخطئًا ، لعدم مراعاته وضع سيقان المريض فى الوضع المناسب الذى يتفق مع العملية الجراحية التى أجراها له بالأعصاب ، ولم يلفت نظر المريض إلى هذا ، ومع ما فى ذلك من أهمية بالغة فى نجاح العملية ، أو فشلها (٣) .

---

(١) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٩٩، وهامش رقم (٢) Paris 15 Oct. 1968 D.1964. 20 .

(٢) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص١٠٦، وهامش رقم (٢) Civ. 30 Oct. 1995, D. 95. 276 .

(٣) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص١٠٧، وهامش رقم (١) Nimes 20 oct. 1953. 22 .

وعلى الطبيب أن يتأكد بنفسه بأن إجراءات العناية والرعاية التى يلزم القيام بها قد تمت على خير وجه [1] . حتى ولو تطلب الأمر عمل اشعة للمراقبة والإطمئنان ، وبصفة خاصة إذا كانت العملية الجراحية على درجة هامة من الخطورة ، ويحتمل فشلها لمجرد أى إهمال[2].

٢٢١ - التفرقة فى المسئولية بين العناية المرتبطة بالعملية الجراحية والرعاية اللاحقة على إجراء العملية :

على أنه ينبغى التمييز ، فى هذا الصدد ، بين العناية الطبية المرتبطة بالعملية الجراحية ، وتلك التى يلزم توافرها للمريض بصفة عامة ، بغض النظر عن كونه أجرى عملية .

فإذا كان الجراح يلتزم بالنوع الأول من العناية ، بصفة خاصة تلك التى يجب بذلها للمريض حتى يفيق من المخدر ، ومن آثار العملية ، إلا أنه لا يلتزم بالنوع الثانى من العناية الذى يقع على عاتق المستشفى أو العيادة التى يوجد بها المريض ، كنظافته ، وتعاطيه الدواء والمسكنات ، وتدفئته ، إلى غير ذلك من رعاية لاحقة [3] ، وكل ما يصدر خارج تعليمات الجراح الذى أجرى العملية .

ولتحديد ما يتعلق بالإختصاص المطلق للجراح ، وذلك الخاص بهيئة تمريض المستشفى ، فى مجال الرعاية اللاحقة على إجراء

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٠٧ وهامش رقم (٢) Paris 18 juin 1962 J.C.P. 1962.2.118 .

(٢) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٠٧ وهامش رقم (٣) Paris 18 juin 1962 D. 1963. 64 .

(٣) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٠٧ ، ١٠٨ وهامش رقم (١) Marseille 26 nov. 1953 D. 1954. 160. Paris 15 déc. 1953 J.C.P. 1954 - 2. 8158 - Lyon 29 Oct. 1951 D. 1952. 763 .

العملية ، فإن الفقه عقب إستشارة الأستاذ « بروشو » [1] أجرى تفرقة ما بين نتائج العملية الجراحية ، والرعاية اللاحقة على إجراء العملية[2].

ويقصد بنتائج العملية الجراحية ، تطور حالة المريض المرتقبة من زاوية ما قام به الجراح من عمل . ويعد من نتائج العملية الجراحية ذاتها : فتق الحجاب الحاجز ، حدوث نزيف . إنسداد الشعب الهوائية[3]... إلخ . هذه النتائج هى التى يظل الجراح مسئولاً عنها .

وبخصوص الرعاية اللاحقة على إجراء العملية الجراحية ، والتى تتمثل فى أفعال العلاج المألوفة ، كوضع المرضات لقرب الماء الساخنة فى سرير المريض ، من أجل تدفئته بعد إجراء العملية ، إذا كان مازال مخدراً ، فإن السؤال الذى يثور أحياناً عندما تزداد درجة حرارة الماء ، وينشأ عن ذلك إصابة المريض بعدة حروق ، من يكون المسئول عن هذه الحروق : الجراح ، أم هيئة التمريض بالمستشفى؟

يرى الفقه [4] ، بأن تدفئة المريض بعد إجراء العملية الجراحية ، هو جزء من العلاج الإستشفائى ، لذا فإنه يقع على عاتق هيئة التمريض بالمستشفى ، لا عاتق الجراح .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٧٧ – ص٨٥ وهامش رقم (١) J. Brouchot, obs sur crim 21 fév. 1946 J.C.P. - 11 - 3151 .

(٢) راجع د. الشوا – السابق – بند ٧٧ – ص٨٥ وهامش رقم (٥) P.J. Dall, De la responsabilité du chirurgien en malière de soins pest - opératoires et des suiles opérations, presse médicale 19 avril 1969 p. 733 .

(٣) عن د. الشوا – السابق – ٢٠٠٦م – بند ٧٧ – ص٨٥ ، ٨٦ وهامش رقم (١) P.J.Doll op. cit. p. 733 coll. 1 .

(٤) عن د. الشوا – السابق – بند ٧٩ – ص٨٩، وهامش رقم (١) Metz 19 mars 1974 J.C.P. 1976 - 11 - 18018 . obs R. Savatier .

هذا ، وقد حدث تطور فى القضاء بالنسبة لهذا المجال ، فقد كان القضاء الفرنسى القديم يرفض كل تفرقة بين نتائج العملية الجراحية، وأفعال التمريض اللاحقة على إجراء العملية ، ويستوجب مساءلة الجراح عن إصابة المريض بالحروق ، بسبب قرب الماء الساخنة جداً ، والتى تضعها لهم الممرضات .

وفى هذا الصدد ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية (١) إدانة جراح ، بسبب الحروق الناشئة عن قرب الماء الساخنة جداً . وقررت «أن مراقبة الجراح يجب أن تستمر إلى ما بعد إجراء العملية الجراحية وحتى يتنبه المريض» ، وإذا كان من المألوف أن يعهد الأطباء إلى ممرضيهم بأفعال الرعاية اللاحقة على إجراء العملية ، فهم يتحملون تبعة ذلك .

ثم تطور القضاء بعد ذلك ، وطبق صراحة التفرقة المذكورة سلفاً. وقررت محكمة «السين » فى حالة إصابة المريضة ، والتى مازالت مخدرة، بحروق ناشئة عن قرب الماء ، بعد أن أجرت العملية الجراحية، فإن المستشفى ، التى تلتزم بمراقبة كل التدابير ، وأفعال العلاج التى ليست لها صلة بمهنة الجراحة ، تعد مسئولة عن ذلك ... بإعتبار أن تدفئة سرير المريضة جزء من أفعال التمريض المألوفة ، والأساسية ، والتى يعهد بها الجراح إلى المستشفى . وأضافت « بأن المسئولية الشخصية للجراح ، لا يمكن أن تقوم إلا بالنسبة لأفعال العلاج الناشئة عن العملية الجراحية ذاتها ، والتى تفرض على الجراح ذاته ، بسبب المعرفة التى تتطلبها ، والذى يجب عليه أن ينفذها بنفسه ، وتحت إشرافه المباشر (٢) .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٧٩ – ص٩٠ وهامش رقم (١) Grim 12 fév 1946 J.C.P. 1946 - 11 - 3151 note J. Brouchot .

(٢) عن د. الشوا – السابق – بند ٧٩ – ص٩١ وهامش رقم (١) Trib. civ. Seine 24 juin 1952 D. 1952 - 682 .

ويلاحظ مع ذلك ، أن القضاء لم يطبق هذه التفرقة فى الفرض الذى يكون فيه وضع قرب الماء الساخن ، قد جاء بناء على تعليمات صادرة من الجراح ، وفى وجوده ، لأنه فى هذا الفرض « فإن مهمة تدفئة المريض لا تدخل مطلقاً فى الإطار الطبيعى لأفعال التمريض الملقاة على عاتق الممرضة ، ولكنها تشكل حينئذ إمتداداً مباشراً للعملية الجراحية التى باشرها الجراح ، والذى مازال محتفظاً بسلطته فى الإدارة ، والإشراف ، بالنسبة لأفعال العلاج التى يأمر بها » (١) .

وأخيراً ، فنحن مع ملاحظة الدكتور سامى الشوا ، من وجود إهمال من جانب بعض معاونى الأطباء ، حيث يرتكب عدد كبير منهم أحياناً أخطاء فى تقدير حالة المريض ، الأمر الذى يحول دون إستدعاء الطبيب فى الوقت المناسب لإنقاذ حياة المريض . وبعضها الآخر مرده إلى عدم تنفيذ تعليمات الطبيب أو الجراح . وبالنسبة لطاقم التمريض فإن إحساسهم بأن مساءلتهم تسترها مسئولية الطبيب أو المستشفى، يمكن أن يفسر لنا ضعف إحساسهم بالمسئولية (٢) .

٢٢٢ - (ك) خطأ الجراح فى عدم زيارة المريض بعد إجراء الجراحة له :

قد تقتضى حالة المريض بعد إجراء الجراحة ، أن يقوم الجراح بزيارته فى محل إقامته ، لاسيما فى الحالات التى يأمر فيها المريض بالخروج المبكر من المستشفى ، وحيث لا تكون هناك من وسيلة للمتابعة ، إلا عن طريق هذه الزيارة .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٧٩ – ص٩١ وهامش رقم (٢) Paris 4 fév. 1957 . J.C.P. 1957 - 11 - 9844 .

(٢) د. الشوا – السابق – بند ٨٨ – ص١٠٠ ، ١٠١ .

وقد عرضت على الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية دعوى فى هذا الصدد ، تتلخص وقائعها فى ان جراحاً اجرى لمريضه عملية كحت . ووافق على نقلها إلى منزلها فور الإنتهاء من العملية ، إلا أنه إمتنع عن زيارتها بالمنزل ، عندما طلب منه ذلك ، على الرغم من أن الأصول الطبية تقضى فى مثل هذه العمليات بإبقاء المريضة تحت الملاحظة فترة كافية ، للتأكد من عدم حصول مضاعفات . وإذا سمح للمريضة بالإنصراف إلى منزلها ، فى حالة التأكد من سلامة العملية والمريضة ، كان ذلك شريطة أن يوالى الطبيب ملاحظة المريضة بالمرور عليها . وأن ينتقل إليها فوراً ، إذا ما طلب منه ذلك . وهذا ما لم يقم به الجراح [1] .

وفى رأينا ، أن عدم إنتقال الجراح فى هذه الحالة ، لزيارة المريض، ينبغى أن يقاس على الحالة التى يرفض فيها الطبيب علاج المريض بداءة ، من حيث ترتيب المسئولية ، وما لم يمنعه من ذلك ظرف طارئ ، أو قوة قاهرة .

٢٢٣ - (ل) خطأ الجراح فى عدم تبصير المريض بالعلاج الواجب إتباعه :

كما يقع على الجراح ، إلتزام بتبصير المريض بالعلاج الواجب إتباعه وفقًا لحالته ، وأن يحيطه علمًا بالنتائج المألوفة للعمل الجراحى..

وأكدت محكمة «باريس» بأن الجراح « لا يمكنه أن يكتفى بتدخله فى العمليات الجراحية اللازمة ، وفى إعطاء التعليمات العلاجية المناسبة، بل يجب عليه أيضاً أن يزود المريض بالتعليمات والنصائح

---

(١) نقض ١١ يونيو ١٩٦٢ – مجموعة أحكام النقض – س١٤ – رقم ٩٩ – ص٥٠٦ .
عن د.الشوا – السابق – بند ٨٧ – ص٩٩ ، ١٠٠ ،وهامش رقم (١) .

التى من شأنها أن تجنب أو تخفف النتائج الأليمة ، والمألوف حدوثها . وفقاً لردود أفعال جسده » (١) .

وعلى الرغم من إحتياط الطبيب بإعطائه النصائح والتعليمات للوالدين ، فإن محكمة « باريس » قضت بإدانة أخصائى ، بوصفه المسئول عن وفاة طفل ، بسبب إنعدام المراقبة اللاحقة على اجراء العملية الجراحية .

وتتلخص وقائع الدعوى فى أن أخصائى أنف وأذن وحنجرة ، قد ألف أن يعطى لوالدى الطفل المريض ، بمجرد مغادرته للمركز الطبى ، الذى يجرى فيه عملية إستئصال اللوزتين ، قائمة بالتغذية الواجبة للمريض، والأدوية التى يستعملها ، قد ذيلها بالعبارة الأتية : « لا داعى للقلق عند حدوث إرتفاع فى درجة الحرارة ، أو وجود ألم بالأذن، أو تقئ دم أسود » .

وطبقاً لوقائع الدعوى ، فقد قام الطبيب بإجراء عملية إستئصال اللوزتين لطفل فى الخامسة من عمره ، وإنتهت العملية بنجاح . وقد قام الطبيب بفحص المريض بعد ساعة واحدة من إجراء العملية ، وإصطحبته الأم إلى المنزل بعد ذلك ، ومعها قائمة تفصيلية بالتعليمات المذكورة ، وعناوين أقرب مستشفى إلى مسكنها ، عند حدوث أية مضاعفات . وبمجرد وضع الطفل فى السيارة ، تقيأ قليلاً من الدم الأسود ، ثم خلد إلى النوم بعد ذلك فى فترة ما بعد الظهر ، وظلت الأم هادئة ، واضعة فى الإعتبار التعليمات الموجودة بالقائمة المحررة . وقضى ليلته فى حالة إضطراب ، إلى أن توفى بعد ذلك ، بين ذراعى أمه .

ووفقًا للتشريح ، فإن السبب المباشر للوفاة ، يرجع إلى حدوث

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٨٥ – ص٩٧ ، وهامش رقم (٢) Paris 18 juin 1962 . D.1963 Som p. 64

نزيف ناشئ عن عملية إستئصال اللوزتين . وقد إنتهى الخبراء فى تقريرهم ، إلى أن وفاة الطفل مردها إلى الإهمال الطبى ، بسبب عدم وجود أية رعاية طبية فعالة فى الساعات التى أعقبت العملية الجراحية، وأضافوا أن مثل هذه العمليات ، يجب أن تمارس فى المستشفيات ، أو العيادات ، وتحت إشراف طبى يستمر لمدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة » (١) .

٢٢٤ - (م) خطأ الجراح فى إفشاء سر المهنة الطبية :

من المسلم به ، أن السر المهنى ركيزة أساسية فى كل مجتمع حر، وهو يتعلق بكرامة الإنسان ، ومن ثم ، فإن المحافظة عليه من لزوم الحرية الفردية ، إذ أنه يدخل فى مكونات الكيان الأدبى للإنسان(٢) .

ولأهمية السر عند الإنسان ، فقد وضع إلتزام على عاتق الطبيب، بحفظ أسرار مريضه ، فحتى إذا لم يوجد عقد بين المريض والطبيب ، فإن المبادئ القانونية العامة تحتم ذلك ، ففضلاً عن أن إفشاء السر يشكل جريمة خلقية ، قبل أن يكون جريمة مدنية أو جنائية (٣) ، فإنه من الضرورى – كما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الفرنسى (٤) – أن يفرض القانون عقاباً على من يصيبون

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٨٦ – ص٩٧ – ٩٩ وهامش رقم (٣) ص٩٧ Paris 16 nov 1973 G.P. 1974 - 1- 120 note D.S., R.S.C. 1974.p. 874 obs G. Levasseur.

(٢) مارينير ، فى تعليق له على نقض مدنى فرنسى ، فى ١٩٧٣/٧/١٢ – دالوز ١٩٧٤ – قسم القضاء – ص١٧ . عن د. رشدى – السابق – ص١٣٦ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) محمود مصطفى – ص٦٥٥ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١١٤ – ص٢٠٠، وهامش رقم (٤) .

(٤) المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الفرنسى ، تعليقاً على المادة ٣٨٨ . مشار إليه فى محمود مصطفى – ص٦٥٥ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١١٤ – ص٢٠٠ ، وهامش رقم (٥) .

الأشخاص فى سمعتهم . بإفشائهم أسرارهم ، على من يخونون ثقة وضعت فيهم . أولئك الذين يؤثرون الثرثرة ، على التمسك بأهداب الإلتزام ، والذين يلعبون بموضوعات خطيرة ، فيغذون النذالة بالإفشاء ، غير حاسبين لما يترتب على ذلك من فضائح ، وتفريق بين العائلات » .

وعند صدور تقنين العقوبات الفرنسى ، حرص على النص على هذا الإلتزام ، فى المادة ٣٧٨ منه ، ثم نقله عنه المشرع المصرى ، فى المادة ٣١٠ عقوبات مصرى ، والتى تنص على أن :

« كل من كان من الأطباء أو الجراحين ، أو الصيادلة ، أو القوابل، أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته ، أو وظيفته سر خصوصى ، أؤتمن عليه فأفشاه ، فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها تبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة شهور ، أو بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه مصرياً .

أما لائحة آداب مهنة الطب البشرى ، فقد نصت ، فى المادة ٢٠ منها ، على أنه : « لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه ، التى إطلع عليها بحكم مهنته » .

كما تنص المادة ١٨ من لائحة تقاليد مهنة طب الإنسان وجراحتها على أنه : « لا يجوز للعضو الذى إئتمن على سر بحكم مهنته ، أو علم به أثناء ممارسته لها ، أن يفشيه لأى كائن ، إلا فى الأحوال المصرح بها قانوناً »

هذا ، ويعتبر الجراح مفشياً لسر مريضه ، حتى ولو لم يكاشف به سوى فرد واحد ، ولو كان هذا الفرد هو زوجته ، وقد أوصاها بكتمانه .

كما يعتبر الجراح مفشياً للسر ، حتى ولو لم تنصرف نيته إلى الإضرار بالشخص صاحب السر . والواقعة التالية ، توضح ذلك :

حدث أن مصوراً يدعى « باستيان ليباج » أصيب بمرض فى الخصية ، وقام على علاجه صديقه الدكتور « واتيليه » ، الذى رأى ، بعد أن إشتدت الوطأة بصديقه المريض ، أن يستعين بزميليه الجراح « مارشال » ، وأخصائى الأمراض التناسلية الدكتور « فورنييه » ، وإتفق الأطباء ثلاثتهم على أن المريض مصاب بنوع من السرطان ، يقتضى إجراء عملية جراحية ، لا تشفى المريض من علته ، وإنما توقف إستفحال الداء فترة من الزمان ، وأجريت العملية الجراحية ، وأورى البحث التشريحى الميكروسكوبى سلامة التشخيص ، وتحسنت صحة المريض ، لكنه لم يلبث بعد ذلك أن شعر بألام فى بطنه ، فعاد طبيبه الدكتور « واتيليه » الذى رأى بعد إستشارة الدكتور « بوتان ، وموافقته ، سفر صديقه المريض إلى الجزائر كطلبه ، إلتماسًا لدفء مناخها ، ونأيًا به عن برد فرنسا ، ولكنه لم يمض بالجزائر سوى أيام معدودات ، إشتدت فيها وطأة المرض عليه ، فقفل راجعاً إلى باريس ، حيث أسلم الروح .

نشرت صحيفة « الفوليتر » ، بعد وفاته مقالاً ، إتهمت فيه الدكتور « واتيليه » ، بأنه عمد إلى إرسال مريضه المذكور إلى الجزائر، مع علمه بعدم ملاءمة طقسها لحالته الصحية ، حتى يعجل بوفاته ، ويتخلص منه ، إخفاء لخطأ مهنى فارقه فى علاجه ، بإجراء جراحة لم تكن تقتضيها ظروف مرضه ، الذى أسبغت عليه الصحيفة وصف الزهرى ، لا السرطان .

وفى مقام تنفيد هذا الإتهام ، والذود عن شرف الصديق المتوفى ، بعث الدكتور « واتيليه » برسالة إلى جريدة « الماتان » أوضح فيها ما حدث ، ورأت النيابة أن هذا الرد ينطوى على إفشاء لسر المهنة ، فقدمت الدكتور « واتيليه » إلى المحاكمة ، حيث قضى إبتدائيًا وإستئنافياً بإدانته .

طعن الدكتور « واتيليه » على الحكم بطريق النقض ، وأوضح

حسن نيته ، وعدم إنصرافها البتة إلى قصد الإضرار ، لكن محكمة النقض رفضت الطعن ، مقررة أن النص عام مطلق ، يعاقب على كل إفشاء لسر المهنة ، بدون إشتراط لنية الإضرار ، وأن الشارع عندما فرض المحافظة على الأسرار ، كواجب من واجبات المهنة ، فإنه قد رمى بذلك إلى توكيد الثقة الواجبة فى ممارسة بعض المهن ، وإلى ضمان راحة الأسر ، التى يمكن أن تؤدى بها الثقة الإضطرارية إلى الإباحة بأسرارها ، ولا يمكن تحقيق ممارسة هذه المهن ، إذا كان القانون يقتصر على عقاب الإفشاء الذى يرجع إلى سوء النية ، تاركًا الإفشاءات الأخرى بغير عقاب ، ولذلك فالجريمة تعتبر قائمة طالما أن الإفشاء يحصل عن علم ، بصرف النظر عن نية الإضرار (١) .

٢٢٥ - إعتصام الطبيب بكتمان السر يدرأ عنه المسئولية أدبية كانت أم مدنية :

وللطبيب أن يعتصم بكتمان السر ، ليدرأ عن نفسه مسئولية أدبية أو مدنية ، بل وفى إتخاذه سنداً للمطالبة بالتعوبض .

فقد حدث فى فرنسا ، أن طبيبًا أجرى عملية جراحية لفتاة ، توفيت على إثرها ، فرفع والدها دعوى ، يطالبه فيها بالتعويض ، لتسببه فى الوفاة نتيجة تركه لفافة من قطن ببطن المتوفاة . ونفى الطبيب ما عزى إليه من إتهام ، ودفع بأن القانون ، يحول دون ذكره الإيضاحات الطبية اللازمة ، وطلب من المحكمة أن تحكم له بتعويض على المدعى ، الذى شهر بسمعته ، فأجابته المحكمة إلى طلبه (٢) .

---

(١) محكمة السين فى ١٨٨٥/٣/١١ ، وإستئنافه أمام محكمة « باريس » ، فى ١٨٨٥/٥/٥ - سيرى ١٨٨٥ - ٢ - ١٢١ ، وأمام محكمة النقض فى ١٨٨٥/١٢/١٩ - دالوز ١٨٨٦ - ١ - ٣٤٧ . عن بحث للمستشار محمد ماهر النائب العام السابق ، تحت عنوان « إفشاء سر المهنة الطبية » - ص١٠٨ ، ١٠٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) جنح « أميان » ، فى ١٩٠٢/٣/١٢ - مجلة جمعية السجون ١٩٠٢ - ص٥٥٧ - دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ٤٩٢ . عن المرجع السابق - ص١١٠ ، وهامش رقم (٤) .

ونعتقد أن هذا الحكم ، فيه مجافاة للصواب والعدالة ، ذلك أنه كان بإمكان المحكمة بدلاً من أن تقضى للطبيب بالتعويض - أن تتحقق من صحة دفاع والد المتوفاة ، وأن تحيل الدعوى للتحقيق ، إستيضاحاً لعناصر الدعوى .

٢٣٦ - ثانيًا : الخطأ الجراحى الفردى فى مجال جراحة النساء والولادة :

رغم أن الولادة فعل تلقائى ، إلا أنها تمدنا بحالات كثيرة ، أدت إلى نتائج جسيمة ، وأضرار بالغة ، سواء بالنسبة لحياة الأم ، وصحتها ، أم بالنسبة لحياة الجنين ، وصحته .

وفيما يلى ، نستعرض بعض الأخطاء الطبية الفردية ، الواقعة فى مجال جراحة النساء والولادة :

٢٣٧ - (أ) خطأ طبيب النساء والولادة فى عدم إتباع الأصول العلمية الثابتة :

ولعل أول الدعاوى التى عرضت على ساحة القضاء الفرنسى ، والمتعلقة بالخطأ الجراحى الفردى فى جراحات النساء والتوليد ، الدعوى المعروفة بقضية الدكتور « هيلى » ، حيث دعى لتوليد إمرأة ، فوجد الطفل نازلاً بذراعيه ، مما كان يقتضى منه تغيير وضعه ، ولكنه بدلاً من ذلك قام ببتر ذراعيه ، فنزل الطفل حيًا وعاش ، ورأت المحكمة أن الطبيب قد إرتكب خطأ مهنياً جسيماً ، بعدم محاولة تغيير وضع الجنين قبل إخراجه ، أو الإستعانة بمن كان يمكن الإستعانة بهم، بل تصرف بغير إحتياط ، وبتسرع غير مقبول ، فإرتكب بذلك خطأ ، يجعله مسئولاً عن الضرر الذى نجم عن بتر ذراعى الطفل(١).

---

(١) د. مفرون ، فى ١٨ سبتمبر سنة ١٨٣٠ - جازيت المحاكم فى ٢٦ ابريل سنة ١٨٣١ عن د. الجوهرى السابق - ص٤٢٥ ، ٤٢٦ ، وهامش رقم (١) .

وكما أخذ على الطبيب المذكور ، عدم إتباعه الأصول الطبية المستقرة فى علم الطب – كما هو واضح من حيثيات الحكم السابق – بإعتبار أنه لم يقم بتغيير وضع الطفل ، بل قام ببتر ذراعيه ، حتى يمكنه إتمام عملية التوليد ، فقد أخذ على طبيب آخر – لم يتبع هذه الأصول كذلك – أنه فى خلال ولادة ، نزل فيها الطفل أيضاً بذراعه ،. قرر بغير تثبت ، أن الطفل ميت ، فبتر ذراعيه ، ثم إتضح أنه حى ، ولكنه توفى بعد ذلك ، بسبب النزيف الذى حدث نتيجة البتر [١] .

كما أدين طبيب فى واقعة تسبب فيها – أثناء قيامه بتوليد سيدة – فى إصابة المولود بكسر فى رأسه ، بسبب إستعماله جفت الولادة بطريقة خاطئة . وثبت من التقارير الطبية أن المولود ظل قلبه ينبض ، وتنفس جيداً بعد الولادة ، ولكن النزيف الناتج من الجرح ، قضى عليه[٢] .

كما إعتبر الطبيب مسئولاً عن خطئه الفنى ، المتمثل فى عدم قيامه برتق جزء من التهتك فى رحم المريضة ، مما أدى إلى حدوث نزف دموى منه (خارجى أو داخلى) ، ترتب عليه تجمع دموى كبير ، بالربط العريض الأيسر للرحم بمضى الوقت ، مما إستحال معه إمكانية رتق ، أو تصليح هذا التهتك ، المتواجد بأسفل يسار جسم الرحم (الممتد من تهتك يسار عنق الرحم) بعد ذلك ، بحيث إستلزم الأمر فى النهاية إجراء إستئصال تحت كلى (غير كامل) للرحم بمستشفى المنصورة الجامعى لاحقاً ، وعلى نحو ما جاء بتقرير أطباء النساء والتوليد بمستشفى المنصورة الجامعى ، الأمر الذى يكون معه الطبيب ، من الجهة الفنية الطبية الشرعية ، مسئولاً عن

---

(١) بوى ، فى ٣١ يناير سنة ١٨٨١ – جازيت المحاكم – عدد ٩ فبراير سنة ١٨٨١ . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٢٦ ، وهامش رقم (٥) .

(٢) نقض جنائى فرنسى ، فى ١٤ يونيو سنة ١٩٥٧ – ص٢٣٩ . عن خطاب وزريق – السابق – ص١٨٢ ، ١٨٣ .

نتيجة هذا الخطأ منه ، بما إنتهى إليه أمر المريضة المذكورة ، من إستئصال رحمها ، إستئصالاً تحت كلى ، وتخلف عاهة مستديمة لديها تقدر (مع الأخذ فى الإعتبار سابقة إنجابها) بحوالى ٣٠٪ (١) .

وفى واقعة أخرى ، حاولت إمرأة حامل ، فى شهرها الخامس ، دون جدوى ، أن تجهض نفسها ، مما أدى إلى إصابتها بنزيف . وقرر الطبيب الذى لجأت إليه صحبة زوجها ، أن يجرى لها عملية إجهاض ، وقد إستخدم الجفت لإستخراج الجنين ، ولكن المرأة فارقت الحياة فى الحال ، بعد إجراء العملية . وقد نسب إلى الطبيب ارتكابه لخطأ مهنى جسيم ، لإستعماله الجفت فى هذه الحالة ، علاوة على رعونته فى تشغيله . ويرجع سبب الوفاة إلى حدوث تمزق بالرحم ، مصحوباً بنزيف . وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم من الطبيب ، فى الحكم القاضى بإدانته (٢) .

ويعتبر التعجيل بعملية الولادة ، صورة من صور الخروج على الأصول العملية الثابتة ، وذلك أنه من المعلوم أن للولادة ميعاد محدد، لا ينبغى أن تتم قبل حلوله ، وإلا ساءت العاقبة .

وعلى ذلك ، فقد أيدت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حكمًا صدر بمسئولية أخصائى نساء وولادة ، صادر عن محكمة «تولوز» ، فى واقعه كان الأخصائى فيها قد عجل بعملية ولادة ، قبل حلول موعدها الطبيعى ببضعة أيام ، وذلك بإستخدام الجفت . ونشأ عن ذلك إصابة الأم بتمزق فى المثانة ، وبعض الأضرار الأخرى (٣) .

وأيدت محكمة النقض الفرنسية كذلك ، حكمًا قضى بإدانة

---

(١) الدعوى رقم ٥٥٦ لسنة ٢٠٠١ تعويضات المنصورة – جلسة ٢٠٠٦/٢/٢٣ .

(٢) راجع نقض ٨ يناير ١٩٦٨ – مجموعة أحكام النقض – س١٩ – رقم ٤ – ص٢١ .

(٣) عن د. الشوا – السابق – بند ٦٨ – ص٧٢ ، ٧٣ ، وهامش رقم (٥) Civ 5 mars 1974 préc .

أخصائى نساء وولادة ، لجأ إلى وسيلة تسمى « الولادة الموجهة » ، فى محاولة منه لتعجيل عملية الولادة ، بحيث تأتى مطابقة ليوم بداية أجازته ، بأن وضع الأم تحت تأثير مخدر كلى ، وجعلها تلد طفلها بمساعدة الجفت ، وبعد إتمام الولادة ، قام بحقن الأم بعدد من الحقن بغرض تسهيل إسترداد وعيها ، ثم تركها بعد ذلك تحت رعاية زوجها، بدون أن يحتاط لنفسه بإعطاء تعليمات خاصة لطبيبه المعاون. وعندما لاحظ الزوج أن زوجته تعانى من صعوبة فى التنفس ، قام بإستدعائه ، ولكنه لم يصل إلا بعد أن فارقت الأم الحياة . ووفقاً لتقارير الخبراء ، فإن الطبيب قد ضاعف من تسمم دم الوالدة ، عندما باشر تحت تأثير مخدر عملية ولادة ليست « موجهة » ، بل «مصطنعة » ، وبحيث أن الغيبوبة العميقة ، والغير مألوفة لمريضه ، كانت تحتم عليه متابعة خاصة واعية [1] .

وقد يتخذ أخصائى النساء والولادة ، أحياناً ، قراراً بإستخدام الجفت للتعجيل بعملية الولادة ، أو لمواجهة عملية ولادة متعثرة ، والتى ينظر إليها بإعتبارها وسيلة خطيرة ، علاوة على أنها أصبحت مهجورة [2] ، وبالية [3] ، وينظر إليها القضاء بإعتبارها وسيلة غير مطابقة لأصول العلم المكتسبة . وفى هذا الصدد ، إعتبرت محكمة النقض الفرنسية « أن هذه التقنية أصحبت اليوم مهجورة ، بوصفها خطرة ، وغير مطابقة لأصول العلم المكتسبة » [4] .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ٦٨ – ص٧٣ ، وهامش رقم (١) Cass. Crim 9 juin 1977 préc .

(٢) عن د. الشوا – السابق – بند ٦٩ – ص٧٤ ، وهامش رقم (٣) Civ 5 mars 1974 préc .

(٣) عن د. الشوا – السابق – بند ٦٩ – ص٧٤ ، وهامش رقم (٤) Cass . civ 9 juil 1963 D. 1963 P. 394 .

(٤) عن د. الشوا – السابق – بند ٦٩ – ص٧٤ ، وهامش رقم (٥) Civ 5 mars 1974 préc .

وكما يلتزم الطبيب بالعناية بالوالدة فى الأشهر الأولى للحمل ، وحتى تمام عملية الولادة ، فإن إلتزامه هذا لا ينتهى عند هذا الحد ، بل يمتد إلى مرحلة ما بعد الوضع .

ومن الأخطاء التى رصدت فى هذا المجال ، ما قضى به من إدانة طبيب ، بسبب إهماله ، لدى إشرافه على علاج سيدة بعد الوضع . فبالرغم من أن حالتها كانت خطرة ، لم يتخذ أى إجراء منتج لإنقاذها ، بل اشار متأخراً بالعلاج اللازم لها ، بالإضافة إلى حقنها بعدد من الحقن اكثر من الحد المقرر ، فضلاً عن إستعماله جفت الولادة بطريقة خاطئة ، مما سبب وفاتها عقب إصابتها بحمى نفاس(١) .

٢٢٨ - (ب) خطأ طبيب النساء والولادة فى إجراء التوليد دون وجود إستعدادات وتجهيزات طبية كافية :

أيضاً ، فيلتزم طبيب النساء والتوليد بمباشرة عملية التوليد فى أماكن مجهزة بالتجهيزات الطبية اللازمة ، كالمستشفيات مثلاً ، وإلا كان مسئولاً عن عدم مراعاة ذلك ، والأضرار التى تنشأ عنه .

وعلى ذلك ، فقد أدانت دائرة الجنح المستأنفة طبيباً لعدم إجرائه عملية ولادة ، دون إتباع الأصول الطبية المستقرة ، مما أدى إلى حدوث نزيف للوالدة ، نتجت عنه الوفاة . وقد نسبت إلى الطبيب فى هذه الواقعة عدة أخطاء منها :

أولاً : عدم إتخاذه أى حيطة لمنع الخطر فى بادئ الأمر ، مع ما شاهده من حال المتوفاة قبل الولادة بشهر ، ثم بعشرة أيام من وضع الجنين فى البطن ، وضيق الحوض . وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر

---

(١) نقض جنائى ١٤ يونيو سنة ١٩٥٧ - سيرى ١٩٥٧ - ص٣٢٩ . عن خطاب ورزيق - السابق - ص١٧٦ ، آنف الإشارة إليه .

الولادة ، وأن يفهم آل المتوفاة حقيقة الأمر ، ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى ، أو عمل ترتيب آخر إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل ، لا أن يذهب وحده ، طمعًا فى الأجر الذى إتفق عليه ، وبدون أن يتخذ أى حيطة ، حتى أنه أهمل فى أخذ العدد الكافية التى يمكن أن يحتاج إليها ، فى مثل هذه الحالة غير الإعتيادية.

ثانياً : أنه عندما باشر الولادة ، ووجد فعلاً أن الحالة صعبة كما تقدم ، لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى ، أو يطلب طبيبًا آخر لمعونته فى الوقت المناسب ، قبل أن يستفحل الخطر ، مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض . ولم يطلب إستدعاء طبيب إلا بعد أن ساءت الحالة ، وحصل نزف شديد ، وأغمى على المتوفاة .

ثالثًا : الإستمرار فى جذب الجنين مدة من الزمن ، وإستعمال العنف فى الجذب ، مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين ، ومن علمه بوجود ضيق فى الحوض ، خصوصًا بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تفده فى إنزال الرأس ، لوجود عائق ميكانيكى يمنع من مرور الرأس من الحوض ، فلم يكن هناك معنى لإستمرار الجذب مع وجود العائق . ومع علمه أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة ، وتقربها من الخطر شيئًا فشيئًا . ومع أن المسموح أن يستعمل الطبيب طريقة الجذب لحد محدود يقدره الفنيون بمده لا يصح أن تزيد على خمس دقائق . ويقولون أنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت . وفى هذه الأحوال تكون السرعة جد واجبة . ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنياً بحيث يجذب الجنين فى إتجاه معين ، مع إتخاذ الحيطة لجعل الرأس تدخل فى الحوض بأقصر أقطارها ، فإذا ما إتخذ الطبيب هذه الإجراءات مده ، ومع علمه بأن الحوض ضيق ، والرأس كبير ، فكان يجب عليه أن يوقف هذه الإجراءات ، ويتخذ غيرها . وهى ثقب الرأس بثاقب الرأس ، ليصغر حجمها ، ويسهل نزولها .

رابعًا : أنه طلب معاونة آل المتوفاة له فى جذب الجنين ، مع أن الجذب يجب أن يكون فنياً ، وما كان يصح له أن يستعين بمثلهم فى هذا العمل الفنى الخطير . وهم لا يدرون فيه شيئاً . ولا يقبل القول بإلقاء مسئولية فصل الرأس عن الجسم على آل المتوفاة ، لأنه هو الذى طلب هذه المعاونة ، فهو المسئول عن ذلك . وما كان فى إستطاعتهم فى هذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب . وكان الواجب يقضى عليه فى هذه الحالة بسرعة طلب طبيب أخصائى لمعاونته ، أو يأمر فوراً بإرسال الوالدة إلى المستشفى ، كما أشار الطبيب الذى إستدعى أخيراً ، عندما رأى الحالة سيئة (١) .

أيضًا ، فقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً قضى بإدانة طبيب أجرى « جراحة قيصرية » للمريضة داخل عيادته الخاصة ، بغير مساعدة طبيب تخدير أو أى طبيب آخر ، ودون أن تكون العيادة مجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية لمجابهة مضاعفات الجراحة ، وأنه أصر على إجرائها بنفسه فى عيادته ، ولم يستجب لما أبداه مرافقو المريضة – زوجها وشقيقه وطبيبان آخران – من إقتراح نقلها إلى أحد المستشفيات ، مقرراً لهم أن عيادته مجهزة تجهيزاً كافياً ، وبأنه سبق أن أجرى بها مثل هذه العملية ، فكان عاقبة ذلك أن أصيبت المذكورة بصدمة جراحية مما ينشأ عادة نتيجة العملية التى أجريت لها ، ولم يتيسر إسعافها ، ففاضت روحها بالعيادة . وكان الحكم المطعون عليه قد عول فى ثبوت خطأ الطبيب على ما أورده من تقرير الطب الشرعى من أن تصدى الطبيب لإجراء عملية قيصرية فى عيادته ، دون الإستعانة بطبيب تخدير حسب الأصول الطبية ، ودون توافر الإمكانيات التى تستلزمها تلك العملية ، وأنه لو كان قد تم نقل

---

(١) دائرة الجنح المستأنفة بمحكمة « مصر » ، فى ٣ مايو سنة ١٩٢٧ (المجموعة الرسمية – س٢٨ – ص٢٠ – رقم ١١) . عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٢٨ ، ٤٢٩ ، وهامش رقم (١) .

المريضة إلى أحد المستشفيات ، وبوشرت الحالة داخل المستشفى ، وبإمكانيات المستشفى التى لا تتوافر فى العيادات الخاصة ، بما كان قد أمكن التغلب على ما حدث للمريضة - يعد خطأ مهنيًا من جانب الطاعن يسأل عنه وعن نتيجته السيئة التى إنتهت بوفاة المريضة (١) .

كما إعتبرت محكمة النقض المصرية الطبيب مسئولاً عن خطئه بإستعماله جفت الوالدة فى عملية توليد المريضة ، مع علمه مسبقاً بوجود تمزق فى الرحم ، دون أن يكون لديه الإستعدادات الكافية لمجابهة ما يستلزمه علاج تلك الحالة ، ثم السماح للمريضة بالإنصراف من عيادته ، دون أن يصلح التهتك ، لوقف النزيف الناجم عن تمزق الرحم ، الأمر الذى إنتهى إلى إجراء جراحة لإستئصال الرحم، وهو ما خلف لديها عاهة مستديمة ، قدرت نسبتها بنحو ٣٠٪(٢) .

٢٢٩ - (جـ) خطأ الطبيب النساء والتوليد فى عدم الإستعانة بأخصائى فى التوليد إذا تطلب الأمر ذلك :

إذا كانت هناك ضرورة للإستعانة بطبيب فى تشخيص الحالة وتوليد الوالدة ، فقد إشترطت محكمة النقض الفرنسية أن يكون هذا الطبيب أخصائياً ، ولم تكتف بأن يكون مجرد ممارس عام .

وعلى ذلك ، فقد قضى بمساءلة طبيب كان قد إستعان بممارس عام ، بدلاً من أخصائى . وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر بمسئولية هذا الطبيب ، والذى كان قد إستعان بصديق له فى توليد سيدة . وقد أجمع كل من الطبيبين على قرار يقضى بمباشرة عملية التوليد بواسطة الجفت ، مما الحق أضراراً جسيمة بالوليد .

---

(١) نقض مصرى - جلسة ١٩٩٢/٦/٧ - السنة ٤٣ - ٨٨ - ص٥٩٥ .

(٢) نقض مصرى - جلسة ١٩٩٢/١١/٨ - السنة ٤٣ - رقم ١٥٣ - ص٩٩٥ .

وقد ذكر الخبراء في تقريرهم ، أن إستعمال الجفت كان نتيجة لغلط فى التشخيص يتعلق بالمكان الحقيقى لراس الوليد ، وأن وجود أخصائـى فى مثل هذه الحالة ، كان من شأنه تجنب مثل هذا الغلط(١).

٢٣٠ - (د) خطأ طبيب النساء والتوليد فى الإمتناع عن المساعدة فى القانون الفرنسى :

عرفنا مما سبق أن المادة ٢/٦٣ عقوبات فرنسى تعاقب كل شخص يمتنع عمداً عن تقديم المساعدة لشخص فى حالة خطر . وقد لوحظ فى ذلك ، أن القضاء الفرنسى لم يقبل بسهولة الإدعاء بمراعاة الخطأ فى التقدير ، وبحيث الزمت المحاكم الفرنسية الطبيب بأن يتحرى بنفسه عن الوضع الحقيقى للمريض . ومن السهولة أن يفترض القضاة أن الأطباء يمكنهم أن يدركوا تماماً ، أكثر من غيرهم، الخطر الذى يتعرض له المريض (٢) .

وعلى ذلك ، فقد أدين طبيب مناوب ، وزوجه ، بالإمتناع عن تقديم مساعدة ، حيث أخبرا تليفونياً بعملية وضع تمت فى منزل ، فى ظل إستضافة عابرة ، وأخبرا أيضاً بجسامة الخطر الحال المحدق بالطفل حديث العهد بالولادة ، وقد إمتنعا عمداً عن التدخل ، وتذرعا بأنهما قد إرتكبا مجرد خطأ فى تقدير جسامة الخطأ ، وسرعة المساعدة ، ولكن هذا الإدعاء رفض ، من قبل محكمة النقض الفرنسية (٣) .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ١٢ – ص١٦ ، وهامش رقم (٢) Cass . civ. 9 juil 1963 D. 1964 J.P. 39 .

(٢) عن د. الشوا – السابق – بند ٣٢ – ص٣٣ ، وهامش رقم (١) G.Levasseur. obs sous crim. 17 fév. 1972. R.S.C. 1972 p. 878 .

(٣) راجع عن د. الشوا – السابق – بند ٣٢ – ص٣٣ ، وهامش رقم (٢) Crim. 17 fév. 1972 D. 1972. J 325 R.S.C. 1972 p. 878 N° 1. obs G.Levasseur .

كما قضى بمعاقبة طبيب النساء والولادة بعقوبة القتل الخطأ ، لرفضه الإنتقال للكشف على إمرأة ، فى حالة ولادة ، مكتفيًا بوصفه لها دواء ، لتأجيل عملية الولادة (١) .

٢٣١ - (هـ) خطأ طبيب النساء والتوليد فى التأخير فى الإستجابة فى أحوال الإستعجال :

كما يتعين على طبيب النساء والولادة ، على الأخص فى أحوال الإستعجال ، أن يبادر إلى تلبية دعوة المريضة ، دون تأخير ، وإلا عد مسئولاً عن الأضرار التى تنشأ عن هذا التأخير .

وعلى ذلك ، فقد حكم بإدانة طبيب النساء والولادة الذى رغم حالة الإستعجال الواضحة التى كانت تقتضى تدخله على وجه السرعة ، ورغم إستدعائه عدة مرات بمعرفة القابلة ، للكشف على إمرأة حامل لم يستجب لذلك إلا متأخرًا (٢) .

٢٣٢ - (و) خطأ طبيب النساء والولادة فى إفشاء أسرار المهنة الطبية :

كما يلتزم طبيب النساء والولادة – شأنه فى ذلك شأن أى طبيب مؤتمن على سر مودع إليه – بألا يفشى ما نما إليه من أسرار تتعلق بمرض مريضه ، وإلا عد مسئولاً عن إخلاله بهذا الإلتزام .

وبهذه المناسبة ، فقد نظرت أمام القضاء الإنجليزى ، فى نهاية القرن التاسع عشر ، قضية ضد طبيب شهير بإنجلترا ، كان قد إستدعى بسبب مهنته لفحص زوجة أخيه . وبعد فحصها وجدها فى حالة إجهاض ، وعالجها بالأساليب الطبية المتبعة . وعند فحص

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢٣٢ ، وهامش رقم (٢٣٢) Cass. crim., 2/4/1992, D. 1992, P. 302 .

(٢) عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢٣١ ، وهامش رقم (٣٠) Cass. crim, 9/1/1992, Dr. Pén Juillet 1992 no. 172 .

متحصلات الرحم ، ظن أن به جنيناً ،، وكان زوجها متغيباً من مدة طويلة، فإعتقد الطبيب عندئذ أنها سيئة السيرة ، وأخبر زوجته بذلك. وإنتقل الخبر إلى أقرباء آخرين ، إجتهدوا فى إيقاف نفقاتها المقررة قانوناً .

رفعت السيدة الدعوى ، ضد هذا الطبيب ، تأسيساً على خيانته عهد المهنة ، وطالبته بتعويض قدره إثنا عشر ألف جنيه فى ذلك الوقت ، وحكم لها بالمبلغ المذكور .

وكان أهم ضروب الدفاع التى إعتصم بها الطبيب ، أن الأمر يتصل بمسألة خاصة ، ويرتبط بشرف العائلة ، وأن الإفشاء وقد تم لأحد أفراد هذه العائلة ، فهو مسموح به ، ولا غضاضة فيه ، ولكن القضاء أطرح هذا الدفاع ، وقضى بالتعويض المطلوب [1] .

٢٣٣ - ثالثاً : الخطأ الجراحى الفردى فى جراحة الفم والأسنان:

الواقع ، أن إلتزام جراح الفم والأسنان ، لا يختلف – فى طبيعته ومضمونه – عن إلتزام الجراح الذى يتناول بقية أعضاء الإنسان الأخرى . وذلك فى جميع المراحل التى تتطلبها جراحة الفم والأسنان، فبدءاً من مرحلة التشخيص ، وإجراء الفحوص والتحاليل الطبية اللازمة ، وإنتهاء بمرحلة التدخل الجراحى ، وما يتطلبه ذلك من إجرائه ، طبقًا لمقتضيات الضمير الإنسانى والمهنى ، وكذا طبقًا للأصول العلمية (الطبية) الثابتة ، ومن متابعة لحالة المريض ، بعد التدخل الجراحى ، للإطمئنان على إستقرار حالته ، ونجاح التدخل الجراحى .

---

(١) الطب الشرعى فى مصر – ص٢٣ ، وقصة مدام بلاڤير Playfair عن لوسيان مانش ص٢٢٨ – مجلة الطب الشرعى فى باريس ١٨٩٦ – ص١٥٣ . عن المستشار محمد ماهر – السابق – ص٩٧ ، وهامش رقم (١) .

وفيما يلى ، نستعرض بعض الأخطاء الجراحية ، التى يمكن أن تقع من جراح الفم والأسنان .

٢٣٤ - (أ) خطأ الجراح فى إجراء التدخل الجراحى بدون إستعداد نفسى أو بدون يقظة وإنتباه :

فيقع على عاتق جراح الفم والأسنان - كما يقع على غيره من الأطباء والجراحين ، إلتزام بعدم الشروع فى إجراء التدخل الجراحى، ما لم يكن مستعداً لذلك ، إستعداداً نفسياً ، وذهنياً تاماً .

وعلى ذلك ، فإذا كان بالجراح مرض نفسى ، أو عصبى ، أو غير ذلك من الأمور التى لا تمكنه من العلاج ، أو تؤثر على أدائه ، بأى شكل من الأشكال ، كما لو كانت قد ألمت به مصيبة ، أو فقد عزيزاً لديه ، كان عليه أن يمتنع عن التدخل بالعلاج ، فى مثل هذه الحالات . ويكون عليه – من ثم – إما الإنتظار حتى الإستعداد لذلك ، أو أن ينصح مريضه بالبحث عن طبيب آخر (١) .

كما يتعين عليه ، أن يقوم بإجراء التدخل الجراحى ، وهو فى حالة من اليقظة والإنتباه ، وإلا يعد مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من أضرار ، فيعد مسئولاً جراح الأسنان الذى يتسبب فى إنفصال الفك عند خلعه ضرس ، أو يتراخى فى البحث عن الجزء من الضرس ، الذى سقط فى جوف المريض (٢) .

كما يسأل الطبيب عن الأضرار التى تنشأ من جراء خطئه ، وعدم إحترازه ، سواء فى وضع المريض ، أو فى إستعمال أشياء معينة ، أثناء الجراحة ، كأن يموت المريض بسبب إنفجار آلة

---

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين – المسئولية المدنية فى مجال طب وجراحة الأسنان ٢٠٠٤ – ص١٣٦ .

(٢) عن د. منصور – السابق - ٢٠٠٦م٢ - ص٨٩ ، وهامش رقم (٣) Paris 26 juin 1919 D. 1919.2 73 civ 18 avr. 1972 D. 1972. 192

كهربائية ، كان يستعملها الطبيب ، حيث كان ينبغي عليه عدم إستخدامها ، بالقرب من جهاز أخر [١] .

٢٣٥ - (ب) خطأ الجراح فى عدم إتمام الجراحة بنفسه حتى النهاية:

كما يلتزم جراح الفم والأسنان ، فى حالة بدء العلاج الجراحى ، أن يتمه بنفسه ، وذلك من منطلق العلاقة العقدية المبرمة بينه وبين المريض ، والتى تقوم أساساً على الإعتبار الشخصى ، الذى جعل المريض يتعاقد مع هذا الطبيب بالذات دون غيره من الأطباء .

فعلى جراح الفم والأسنان – إذن – ألا يعمل على إهدار الثقة التى وضعها المريض فيه ، وذلك بأن يعهد إلى أخر بإجراء التدخل ، أو تكملته ، والمقصود هنا هو قيام الطبيب بالتدخل بنفسه ، ولكن ذلك لا يمنعه من الإستعانة بالفريق الطبى المعاون فى التخدير ، أو التمريض ، أو بأطباء أخرين ، مادام أن هؤلاء يقومون بعملهم تحت إشرافه الشخصى المباشر [٢] .

٢٣٦ - (جـ) خطأ الجراح فى عدم الإستعانة بطبيب لتخدير المريض :

قد يقوم جراح الفم والأسنان ، بإجراء الجراحة ، دون الإستعانة بطبيب تخدير ، مع وجود ضرورة لذلك ، ذلك أن الإستعانة بطبيب تخدير ، تعد إجراء جوهرياً ، يتعين على الجراح القيام به ، متى كانت الحالة من الحالات الصعبة التى تتطلب القيام بهذا الإجراء .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة « باريس » الإستئنافية ، فى ١٠

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٨٩ ، وهامش رقم (٤) seine 8 jan, 1964 G.P. 1964. 1. 166 .

(٢) د. عبد الظاهر حسين – السابق – ص١٣٧ .

فبراير سنة ١٩٦١ [١] ، بتأييد حكم قضى بإدانة جراح أسنان [٢] ، عن تهمة قتل بإهمال .

وطبقًا لوقائع هذه الدعوى ، فقد باشر الجراح عملية جراحية ، على قدر من الصعوبة - ودون أى وجه للإستعجال - تتمثل فى خلع سبع أسنان لبنيه L'extraction septdents de lait لفتاة تبلغ من العمر عشر سنوات ، تحت تأثير مخدر كلى ، باشره بنفسه. وقد توفيت الفتاة عقب إجراء هذه العملية ، بسبب وقوع جزء من ضرسها ، فى إحدى شعبتيها الهوائية .

وفى هذه الدعوى ، نسب إلى الجراح ، علاوة على عدم إستعانته بأخصائى تخدير ، أثناء إجراء الجراحة ، عدة أخطاء سواء قبل ، أو بعد العملية : فقد أهمل فى أن يباشر فحصاً عاماً للمريضة ، ومن جهة أخرى ، إنقطع عن متابعة حالة المريضة ، بعد إنتهاء العملية ، ولعدة أيام ، وبدون أن يعطى توجيهات بالنسبة للعناية اللازمة ، عند حدوث مشاكل محتملة .

٢٣٧ - (د) خطأ الجراح فى عدم إتخاذه الإحتياطات اللازمة لتفادى ردود فعل المريض :

أيضًا ، فإن جراح الفم والأسنان ، يقع عليه إلتزام - فى أثناء قيامه بإجراء الجراحة - بأن يتخذ جميع الإحتياطات اللازمة لتفادى ردود فعل المريض ، والتى قد تؤدى إلى وقوع الضرر به ، خاصة إذا كانت ردود الأفعال هذه أمراً متوقعاً ، ومن الممكن تفاديها .

وتطبيقاً لذلك ، فقد أدانت محكمة « باريس » طبيبًا ، لعدم أخذه

---

(١) راجع : J.C.P. 1960-11-11779 عن د. الشوا - السابق - بند ٥٩ - ص٦٢ .

(٢) راجع : T.G.I. Charters, 28 oct 1959. D. 1969 J. p. 611 عن د. الشوا - السابق - بند ٥٩ - ص٦٢ .

الإحتياطات اللازمة لتفادى رد فعل المريض ،فهو مسئول عن إنزلاق الآلة التى يستعملها أثناء تدخله ، بسبب الحركة المفاجئة للمريض ، فذلك أمر متوقع ، من الممكن تفاديه (١) .

٢٣٨ - (هـ) خطأ الجراح فى عدم الإستعانة بزميل متخصص فى الأمور الدقيقة والمحيرة :

مما لا شك فيه ، أنه إذا عنت لجراح الفم والأسنان مشكلة جراحية، تستعصى على الحل ، بسبب ما تنطوى عليه من دقة ، وما تخلفه من حيرة ، أنه يكون على الجراح حينئذ ، أن يلجأ إلى زميل له مشهود له بالكفاءة وبطول خبرته ، أو أن يلجأ إلى زميل له أيضاً ، ولكن فى تخصص أخر ، يستطيع ، بحكم تخصصه ، أن يتصدى لمثل هذه الحالة ، وأن يعينه على تجاوز المشكلة .

وسوف نعرض الآن ، لقضية من القضايا ، التى عنت فيه للجراح مشكلة ، وغم عليه الأمر ، إلى درجة إضطر فيها الأطباء إلى التسليم ببقاء الحالة على ما هى عليه ، نظراً لعجزهم عن التصدى لها ، ومواجهتها.

كانت هذه هى دعوى سيدة ، ذهبت إلى طبيبة أسنان ، لتخلع أحد اضراسها ، وقد أعطتها الطبيبة ثلاث حقن . ولسوء الحظ إنكسرت إبرة الحقنة الأخيرة ، فى لثة المريضة ، وبقى جزء منها فى اللثة . وحاولت الطبيبة إخراج الإبرة من اللثة ، ولكن الشق الذى أجرته على اللثة ، لم ينجح فى تمكينها من الحصول على الأبرة المكسورة . وأصيبت المريضة بإلتهاب خطير ، ودعت الحال إلى نقلها إلى المستشفى ، حيث قضت مدة طويلة تحت العلاج ، وهى تعانى أشد الآلام .

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٨٩ ، وهامش رقم (٢) Paris 4 Mai 1963 D. 1964 - 36 Meaux 13 déc. 1961 G.P. 1962 - 2 - 44 .

عرض الأمر على محكمة « باريس » ، والتى إنتدبت الخبراء ، لتقدير ما وقع من الطبيبة من خطأ فى علاجها ، وكان يمكن القول ، أنه قد حصل خطأ من الطبيبة ، فى عدم إحتياطها للإنفعالات العصبية للمريضة ، وعدم عنايتها بتناول الأدوات التى فى يدها ، ولكن الخبراء قرروا أن الطبيبة لا تسأل عن إنكسار الأبرة ، وأنه كان يحق لها إخراج الأبرة بالشق ، على إعتبار أنها حاصلة على دبلوم فى الطب وجراحة الأسنان ، ولكنها أخطأت فى هذه المحاولة ، فى ظروف غير مواتية . وختموا تقريرهم ، بأنه لا خطر على المريضة ، من بقاء قطعة الأبرة حيث هى . وقد قضت محكمة « السين » بالإستناد إلى هذا التقرير ، على الطبيبة ، والشركة المؤمن لديها ضد حوادث العلاج ، بتعويض قدره ٤٥ ألف فرنك [١] .

وإذ إستأنفت الطبيبة ، والشركة، الحكم ، إستأنفته أيضاً المدعية ، والتى قدمت كشفاً بالأشعة ، إتضح منه أن الأبرة لم تظل فى مكانها، بل هبطت من أعلى إلى أسفل ، وإتجهت من الأمام إلى الخلف ، فى إتجاه الأوعية الدموية ، كما قدمت شهادة من أطباء ، إتضح منها أنها أصيبت بآلام ، ناجمة من الأبرة . وقالت أنها تخشى أن يكون من شأن الأبرة المكسورة ، أن تهدد الأورطة ، وجهاز الدورة الدموية ، وتعرضها بذلك لأخطار تهدد كيانها .

وقد أيدت محكمة الإستئناف الحكم ، من حيث المسئولية ، وقررت إعادة عرض المدعية على الخبراء ، لتحديد أسباب الآلام التى تشكوها ، وما إذا كانت ترجع إلى الأبرة ، وما يمكن أن يترتب عليها. وقضت لها بأربعين ألف فرنك مؤقتًا . وأبقت الفصل النهائى فى التعويض ، لحين إنتهاء الخبراء ، من وضع تقريرهم [٢] .

---

(١) محكمة «باريس »، فى ٧ مايو سنة ١٩٣١ – بومبيرول ص٦٦ – ٦٧ و١٩٥ ، ١٩٦ – عن د. الجوهرى – السابق – ص٤٣٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. الجوهرى – السابق – هامش رقم (٢) – ص٤٣٠ .

وإذا كان لم يعثر فى المراجع القانونية على الحكم النهائى ، فى هذه القضية ، فإن الحكم الصحيح- فى رأينا - يتمثل فى ثبوت خطأ الطبيبة المدعى عليها فى هذه الدعوى ، حيث أن مسألة إنكسار الأبرة فى داخل لثة المريضة ، إنما كان يستدعى منها ، على الفور ، الإستعانة بأحد الجراحين المتخصصين ، مادامت هى قد حاولت إخراجها ، بالشق على اللثة ، ولم تفلح .

وفى رأينا ، أن ما إنتهى إليه الخبراء ، من أنه لا خطر على المريضة، من بقاء قطعة الأبرة كما هى داخل لثة المريضة ، هو قول خاطئ بدوره ، لوجود الخطورة الكامنة فى بقاء هذا الوضع على ما هو عليه . وليس أدل على ذلك مما قدمته المريضة ، من كشف الأشعة، الذى إتضح منه - كما قدمنا - أن الأبرة لم تظل فى مكانها ، بل هبطت من أعلى إلى أسفل ، وإتجهت من الأمام إلى الخلف ، فى إتجاه الأوعية الدموية .

٢٣٩ - (و) خطأ الجراح فى عدم إجراء الجراحة بمزيد من الدقة والعناية فى الحالات التى تتميز بالصعوبة :

كما يتعين على جراح الفم والأسنان - ما أسلفنا القول فى إلتزام الأطباء عمومًا - أن يباشر عمله ، متبعًا الدقة والعناية بشأنه ، وخاصة إذا كانت ظروف العمل ، أو طبيعة العملية الجراحية تستدعى ذلك ، ومثالاً لذلك ، نقول أن خلع أحد الأضراس الأمامية ، يقل فى خطورته عن خلع الخلفية ، والتى هى - بطبيعة الحالة - قريبة من القصبة الهوائية ، بدرجة أكبر ، ومن ثم يحتاج خلعه إلى مزيد من اليقظة ، والدقة ، والعناية .

وتطبيقاً لذلك ، فقد عرضت على محكمة « باريس » الفرنسية ، دعوى ، كان الملحوظ فيها ، هو تنحية المحكمة تقرير الخبراء جانباً ، وتقريرها مبدأ مسئولية جراح الفم والأسنان .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى ، فى أن طبيب أسنان كان يجرى

خلع ضرس لإحدى السيدات ، فأفلتت من يده أداة جذب العصب ، فابتلعتها السيدة ، ولم تستطع أن تتقيأها من جوفها . واحتاج الأمر إلى إخراجها بعملية جراحية ، بعد أن وصلت إلى البنكرياس ، قرر الخبراء أن الطبيب لم يقع منه خطأ ما ، لا في طريقة علاجه ، ولا في نوع الأداة المستعملة . وأن الحادث إنما وقع نتيجة سوء الحظ . وقد سهل وقوعه أن الضرس الذى كان يراد خلعه كان في نهاية الحلق مما يجعل عملية الخلع على جانب كبير من الدقة والصعوبة ، ورأت المحكمة أن الطبيب قد وقع منه خطأ في خلع الضرس الذى كان خلعه يحتاج منه ، والحال كما ذكر الخبراء ، إلى مزيد من الدقة والعناية .وقضت عليه بالتعويض . إستأنف الطبيب الحكم ، إستناداً إلى أن المحكمة قد أخطأت في حكمها ، حيث تجاوزت تقرير الخبراء ، وإدعت لنفسها من العلم أكثر مما يعلمون في مسألة علمية بحتة . ولكن محكمة الإستئناف قضت بتأييد الحكم المستأنف ، وردت على ما أثاره الطبيب بشأن تجاوز تقرير الخبراء ، بأن القانون صريح في إعفاء القضاة من التقيد برأى الخبراء ، وقد جاء النص عامًا ، في هذا الصدد(١) .

ومن البديهى ، أن إلتزام جراح الفم والأسنان ، بإتباع الدقة والعناية في عمله ، يقتضى منه أن يتعرف - أولاً وقبل أن يبدأ العمل - على موضع العملية ، فإذا كان عليه - مثلاً - أن يقوم بخلع أحد ضروس المريض ، والذى أصابه تسويس ، فإن عليه ، بداءة ، أن يتأكد من موضع الضرس التالف ، والمطلوب خلعه ، حتى لا يخطئ ، فيقوم بخلع أحد الأضراس السليمة ، بدلاً منه .

ومن هذه الدعاوى ، دعوى كانت قد عرضت على محكمة جنح

---

(١) محكمة «باريس» ، في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ - بومبيرول ص١٨٦ ، ١٨٧ ، عن د.الجوهرى - السابق - ص٢٨٣ وهامش رقم (٣) .

«الموسكى» الجزئية ، وهى تتعلق بمريض ، ذهب إلى أحد أطباء الأسنان، يطلب منه علاج ضرس تالف ، فإقترح خلعه ، ولكنه قام بخلع أحد الأضراس السليمة ، بدلاً منه ، بطريق الخطأ ، وأبقى الضرس المسوس على حاله ، وظل المريض تحت العلاج ، نحو سنة .

وقد أدانت المحكمة الطبيب ، إستناداً إلى ما تبين من تقرير الطب الشرعى ، من أن الضرس المخلوع خال من أى تسوس ، يمكن أن يدعو إلى خلعه ، وأن الضرس المسوس ، كان فى الإمكان معالجته بالطريقة المألوفة ، وهى تنظيف الضرس من التسوس ، وحشوه ، ولم يكن هناك مبرر لعملية الخلع مطلقاً ، وإلى أن من الخطأ الجسيم أن يتم خلع ضرس سليم ، بدلاً من الضرس المسوس . ولكن الطبيب إستأنف الحكم . فألغت محكمة الإستئناف الحكم الإبتدائى ، وقضت ببراءة الطبيب ، إستناداً إلى أنه لم يثبت خطأ المتهم فى خلع الضرس السليم خطأ فنياً ، ولا عبرة بما جاء بتقرير الطب الشرعى، من أن فى الإمكان معالجة الضرس ، ولم تكن هناك ضرورة لخلعه ، مادام أن المريض ، هو الذى طلب خلع الضرس [1] .

أما من جانبنا . فنحن نرى أن هذا الحكم ، قد حاد عن جادة الصواب ، فمادامت الأصول الطبية المستقرة فى علم الطب وجراحة الأسنان ، توجب على الطبيب ، أن يعنى بفحص المريض فحصاً دقيقاً متأنيًا ، فإنه لا جدال فى أن جراح الفم والأسنان ، فى هذه الدعوى ، قد إرتكب خطأ مهنياً ، بقيامه بخلع ضرس سليم ، بدلاً من الضرس المسوس ، خاصة وأن وسيلة الكشف عن مكان الضرس المسوس ، ليست من الوسائل العسيرة ، بل قد يتم الكشف عن مكانه – أحياناً – بالعين المجردة .

---

(١) حكم محكمة جنح« الموسكى» ، فى القضية رقم ١٢٠٤ – ٣٦ ، وإستئنافه فى القضية رقم ٥٩٣٠ – ١٩٣٦ ، جنح «مصر» المستأنفة ، بجلسة ٧ اكتوبر سنة ١٩٣٦ .

٢٤٠ - (ز) خطأ الجراح فى عدم متابعة المريض بعد إنتهاء عمله:

بعد أن يتم جراح الأسنان عمله ، بتركيب الأسنان ، أو الحشو ، أو التنظيف ، أو غيره . فإن عليه أن يهتم بمتابعة حالة المريض . وذلك لملاحظة إستقرار حالته الصحية ، والتأكد من نجاح التدخل ، وعدم حدوث أية آثار جانبية .

وإذا كان المريض قد تم تخديره ، فإن على الطبيب الإنتظار حتى يفيق ، أو يتنبه تماماً من المخدر [١] .

وعلى ذلك ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ، فى أحد أحكامها قضاة الإستئناف ، بالتأكيد على أن الطبيب المخدر يلتزم بمتابعة حالة المريض ، حتى إفاقته من العملية ، وبخاصة عندما يخشى إحتمال وقوع خطر ، يصعب على غير المتخصص تداركه[٢].

كما قضت نفس المحكمة ، بدائرتها الجنائية ، بإلتزام طبيب التخدير برعاية المريض ، حتى صحوته الكاملة من الجراحة ، وعودته التامة ، إلى كامل وعيه [٣] .

---

(١) ويحدث غالبًا أن يعهد طبيب الأسنان إلى أخصائى التخدير ، بمراقبة سلوك المريض ومتابعته حتى يفيق من المخدر ، إذ عند هذه اللحظة تنتهى مهمة الأخصائى ، وتقف مسئوليته ، فالقضاء - وبخاصة الفرنسى - يميل دائماً إلى معيار الإفاقة ، لبيان حدود دور طبيب التخدير، وبمقتضاه يتعين على هذا الأخير مراقبة المريض ، ومتابعة سلوكه حتى يسترد وعيه الكامل ، ويفيق إفاقة فعلية . ويسترشد على ذلك بقيام المريض ببلع ماء الفم (الريق) ، أو بتحريك أعضائه ، أو الإستجابة للأوامر الشفوية البسيطة ، التى تصدر إليه . كأن يطلب منه فتح العين أو الفم . عن د. محمد عبد الظاهر حسين - المسئولية المدنية فى مجال طب وجرحة الأسنان - ٢٠٠٤ - ص١٣٧ ، وهامش رقم (١) ص١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢) عن د. محمد عبد الظاهر حسين - السابق - هامش رقم (١) - ص١٣٧ ، ١٣٨
. Cass - Civ. 10-6-1980. J.C.P. 1981. 11. 1914

(٣) عن د. محمد عبد الظاهر حسين - السابق - هامش رقم (١) - ص١٣٧ ، ١٣٨
. Cass - Crim 9 - 6. 1977. J.C.P. 1978. 11. 18839

ومن جهة أخرى ، فإذا كانت عملية التركيب ، أو زرع الأسنان ، تحتاج إلى تنظيف ، بعد إتمامها ، فإن عليه أن يتمم ذلك بنفسه ، لا يتركه لمساعديه ، إلا إذا تم ذلك ، تحت إشرافه ومراقبته (١) .

ومن جهة ثالثة ، فإن على الطبيب متابعة حالة المريض ، بعد إجراء العمل الطبى اللازم ، فى صورة عدم السماح له بمغادرة المكان الذى تلقى فيه العلاج (العيادة الخاصة) ، إلا بعد التأكد من إستقرار حالته ، ونجاح التدخل ، والتأكد من عدم حدوث أية مضاعفات ، أو إنتكاسات لحالته الصحية ، بعد خروجه .

وقد يتطلب الأمر مراجعة المريض للطبيب ، بعد خروجه ، من حين لآخر ، للإطمئنان على حالته وإستقرارها ، كما يحدد له الوقت المناسب الذى يعود فيه إلى مزاولة نشاطه المعتاد ، أو إستعمال أسنانه، على نحو عادى (٢) .

وعلى ذلك ، فقد قضى بمسئولية طبيب الأسنان ، عن وفاة المريض بأزمة قلبية .. بعد التدخل العلاجى الذى أجراه له ، نتيجة إهماله فى رعايته ، ومتابعته بعد التدخل ، ولم يعهد - فى الوقت نفسه- إلى شخص أخر بالمتابعة (٣) .

٢٤١ - (ح) خطأ الجراح فى عدم إعطاء المريض التعليمات اللازمة بعد العملية :

وكمثل باقى الأطباء ، يلتزم جراح الفم والأسنان ، بإعطاء

---

(١) وقد أخذت محكمة «السين» على طبيب أسنان ، أنه أهمل فى خلع ضرس للمريض، بأنكسره ، وترك جزءاً منه فى اللثة - محكمة السين ، فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ - جازيت المحاكم ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ . عن د. الجوهرى - السابق - ص٤٣٠ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين - السابق - ص١٣٧ ، ١٣٨ .

(٣) عن د. محمد عبد الظاهر - السابق - هامش رقم (١) - ص١٣٩ . Paris . 15.1.1985. Paris . 16.11.1977. 24.6.1982

المريض كافة النصائح والإرشادات وكذا التعليمات اللازمة فى سبيل عدم حدوث مضاعفات ، يمكن أن تنشأ عن العملية .

وعلى ذلك ، فقد قضى بأن جراح الأسنان ، يعد مسئولاً عن وفاة المريض إذا تسببت عن سقوط إحدى الأسنان بعد خلعها فى القصبة الهوائية مما أدى إلى الإختناق . وكان من بين الأخطاء الأخرى ، التى نسب إلى الطبيب إرتكابها ، تركه المريض يغادر المستشفى بعد العملية الجراحية مباشرة ، ودون أن يعطيه تعليمات يتبعها عند حصول مضاعفات ، أو يسأل عنه بعد العملية (١) .

وفى دعوى أخرى ، نسب إلى طبيب أسنان أنه تسبب بجهله فى خلع جذور قاطع لفتاة ، بما ترتب عليه بتر جزء من عظام فكها ، وخلع تسعة أسنان . ودفع الطبيب بأن ما حدث كان راجعاً إلى ضعف بنية الفتاة . ولكن المحكمة قررت أن ذلك لو كان صحيحًا لما تأخر الخبير الذى إنتدبته عن إثباته فى تقريره ، وأنه مع سكوت الخبير ، فإنه يجب إفتراض أن العميلة كانت فى حالة حسنة من الصحة . كما أنها إستبعدت أن يكون وجود الصديد الذى أدى إلى البتر سابقاً على العلاج الذى قام به الطبيب ، لمجرد أن الطبيب الذى عرضت عليه الحالة بعد ذلك ، وأجرى عملية البتر ، قرر أن العميلة عندما جاءته ، كان لا يزال الخراج فى دور التكوين ، فأسندته المحكمة إلى الطبيب الأول ، بسبب خطورة الإصابة ، وحداثة عهده بالتخرج (٢) .

---

(١) محكمة «شارتر» ، فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٩ - دالوز ١٩٥٩ - ص٦٧١ . عن د.محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة السابعة ١٩٦٧ - هامش رقم (٢) ص١٧٢ .

(٢) محكمة «باريس» ، فى ٦ يونيو سنة ١٩١٩ (دالوز ١٩١٩ - ٢- ٧٣) عن د. الجوهرى - السابق - ص٣٦٧ وهامش رقم (٢) .

الفرع الثانى
خطأ الفريق الطبى

٢٤٢ - صعوبة تحديد دائرة الخطأ وسط الفريق الطبى :

إن تقدم الفن الطبى ، واللجوء إلى طرق ووسائل تقنية معقدة ، فى العمل الجراحى ، وتنوع إستخدامها ، وزيادة المعارف الطبية ، قد إستوجب تخصصاً أكثر تعمقاً فى العمل الجراحى . وبمعنى آخر ، أن العمل الجراحى الذى يؤدى للمريض ، قد أصبح يتطلب – فى أغلب الحالات – عملاً جماعيًا مشتركًا ، من قبل الأخصائيين ، كل فى مجال تخصصه ، الأمر الذى يثير التساؤل حول المسئولية الناجمة عن هذا التدخل ، ذلك أن مكمن الصعوبة يتبدى فى إستعانة الجراح الرئيسى بأطباء مساعدين له ، كل فى مجال تخصصه ، مما يصعب معه تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا العمل ذى الصفة الجماعية. فهل يكون المسئول ، فى هذه الحالة ، هو الجراح الرئيسى، أم مساعده ، الذى إرتكب الخطأ ؟ (١) .

وبصفة خاصة ، فإن الإتفاق الذى يبرم بين المريض ، وأعضاء ، أو أحد أعضاء الفريق الطبى ، يمكن أن يساعد كثيراً على تحديد المجموعة، أو الفريق الطبى ، المنوط به العمل ، أى أنه يمكن أن يكون مؤشراً على وجود هذا الفريق (٢) .

ومع ذلك ، فإن الغالب أن يكون الإتصال محصوراً بين المريض ،

---

(١) د. محمود سعد – السابق – بند ٥١ – ص١٠٤ ، ١٠٥ ، وهامش رقم (١) .

(٢) عن د. محسن البيه –السابق – بند ٥٥ – ص٨٩ ، وهامش رقم (١) M. Francine SOUBIRAN, Quelques réflexions suscitées par l'execise de la médcine au sein d'un groupe ou d'un équips, J.C.P. 1976, 1, doctrine 2830, n° 1 .

والجراح الرئيسى ، بين أعضاء الفريق الطبى ، وهذا يعنى ، أنه من الضرورى ، حتى على المستوى التقصيرى ، أن نعتد بالروابط والعلاقات التى تقوم بين المريض ، وأعضاء الفريق الطبى ، من أجل إكتشاف إرادة إقامة فريق طبى . فالطب الحديث يرتدى ثوب إجتماع المسئوليات (١) .

فما هو الحل المناسب ، عندما يقع للمريض ضرر ، أو يتوفى ، بسبب خطأ ، أو أخطاء عضو ، أو أعضاء هذا الفريق الطبى ؟ .

لقد عرفنا من قبل ، أن القضاء يمكن أن يتمسك بمسئولية طبيب واحد ، من بين أعضاء الفريق ، إما بناء على خطئه الفردى عن فعله الشخصى ، وإما بإعتباره مسئولاً عن فعل أعضاء الفريق . وفى فرض آخر ، يمكن أن يلجأ إلى فكرة المسئولية التضامنية ، وإن كان الغالب فى هذه الحالة – خاصة فى القانون الفرنسى – أن يلجأ إلى فكرة المسئولية التضاممية (٢) .

وفى تقدير البعض ، تبدو هذه الحلول غير كافية ، لأن الواقع يظهر أننا نكون ، فى كثير من الأحوال ، فى مواجهة فريق واحد ، أو مجموعة من الأطباء ، ومساعديهم ، تجمعهم وحدة الهدف والمصلحة المشتركة ، من خلال تدخل جراحى واحد .

ويضاف إلى ذلك ، أنه قد يستحيل ، فى بعض الفروض ، نسبة الخطأ إلى عضو محدد ، من بين أعضاء هذا الفريق الطبى المحدد .

ولذلك ، فإن هؤلاء الشراح يرون أنه من المناسب ، فى هذه الفروض ، ليس التمسك بالخطأ الفردى للطبيب و، تقصيرياً كان أو

---

(١) فرنسين سويرا . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٥ – ص٨٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) خاصة بالنسبة لمسئولية الجراح العقدية ، ومسئولية طبيب التخدير التقصيرية . راجع د. محسن البيه – السابق – بند ٥٥ – ص٩٠ ، وهامش رقم (١) .

عقدياً ، ولكن يكون من الأفضل التمسك بخطأ هذه المجموعة أو الفريق الطبى ، وإن كان ذلك سوف يقتضى إضفاء الشخصية - أو بعض الشخصية - على هذا الفريق الطبى [1] .

بيد أن الفقه يعترف بأنه لا توجد حتى الآن ، سوى تباشير لهذه الفكرة الوليدة ، إلا أنها تستحق التدعيم ، وبذل الجهد ، من أجل رسم معالمها بوضوح ، لأن الواقع ، أن ما يستلزمه النشاط الطبى من إجتماع عدة أشخاص ، يكمل بعضهم البعض ، يتأقلم تماماً مع هذه الفكرة .

وإذا لم يعترف القضاء بالشخصية ، أو ببعض الشخصية لهذا الفريق الطبى ، فإنه يكون مجبراً على الإكتفاء بالمسئولية التضامنية، أو التضاممية [2] .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نعرض أولاً لفكرة الفريق الطبى فى الفقه والقضاء ، ثم من بعد لأساس فكرة شخصية الفريق الطبى ، ثم لهذه الفكرة بين تأييد المؤيدين ، ورفض الرافضين .

وسوف نخصص لكل من هذه الموضوعات ، مبحثاً مستقلاً.

---

(١) ABERKANE, not sous, Civ., 5 févr, 1960, D. 1960, J. 369 .

وقريب من ذلك : محمد شكرى سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذى يسببه شخص غير محدد ، من بين مجموعة محددة من الأشخاص - دار الفكر العربى - ١٩٨٣ - بند ٩٠ وما بعده - ص١١٠ وما بعدها . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٥٥ - ص٩٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) راجع د. محسن البيه - السابق - بند ٥٥ - ص٩٠ ، ٩١ .

المبحث الأول

فكرة الفريق الطبى عند الفقه والقضاء

٢٤٣ - الباعث على الدعوة إلى مسئولية الفريق الطبى :

في إطار البحث عن التطبيقات القضائية ، بخصوص مسئولية الفريق بصفة عامة ، فلقد أخذ القضاء الفرنسى بمسئولية الفريق ، بالنسبة لمجموعة من الصيادين ، أو فرق الألعاب الرياضية ، وذلك عندما يوجد خطأ سبب ضرراً للغير ، دون إمكانية تحديد مرتكب هذا الخطأ ، من بين أعضاء الفريق المحدد . ويقدر البعض أن قبول هذا الحل ، يكون من باب أولى ، فى مجال الفريق الطبى [١] .

بيد أن الإعتراف بمسئولية الفريق لا تقوم ، فى نظر القضاء ، إلا عندما يكون مرتكب الخطأ ، الذى سبب الضرر , مجهولاً ، أو غير محدد .

ويقدر البعض ، أن من الممكن أن نذهب ، فى المجال الطبى ، إلى أبعد من ذلك . فعندما يشكل عدة أطباء فريقاً متناسقًا ، من أجل رعاية مريض ، فإنهم يسألون عن نتائج أعمالهم الطبية كمجموعة ، أو فريق ، لأن معرفة من إرتكب منهم هذا الخطأ ، الذى سبب الضرر ، لا ينفى هذا الترابط بينهم ، كما أنه يجنب ما قد يحدث من تمييز مصطنع بين مهمة كل واحد من أعضاء هذا الفريق ، أو الإجتهاد فى معرفة أين يبدأ ، وأين ينتهى ، دور كل واحد من هؤلاء [٢] .

---

(١) فرنسين سوبرا – بند ١٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٩ – ص٩٥ ، ٩٦ .

(٢) د. محسن البيه – السابق – بند ٥٩ – ص٩٦ . ويلاحظ البعض ، فى خصوص المسئولية المشتركة لكل من الجراح وطبيب التخدير ، أنه تنشأ عن فكرة الفريق–

وفى هذا الإطار ، فإن الإعتراف بنسبة الخطأ إلى الفريق الطبى ، يكون أحياناً ضرورياً ، وكافياً فى نفس الوقت . وذلك على التفصيل التالى :

٢٤٤ - أولاً : خطأ الفريق الطبى يكون ضرورياً :

قد يبدو فى بعض الفروض ، أن من الضرورى التمسك بخطأ ومسئولية الفريق الطبى عما حدث للمريض من ضرر ، ولا يكفى

= الطبى ، والتضامن القائم بين أعضائه ، وجود منطقة إختصاص مشتركة داخل الفريق une zone de compétence commune . ففى كل عملية جراحية ، وطبقاً لكل حالة على حدة ، توجد أعمال يمكن أن يباشرها هذا الطبيب أو ذاك ، وهى تدخل فى إختصاص كل منهما ، ومن قبلها عملية نقل الدم ، وتغيير وضع المريض . وانه إذا كان ذلك يتعلق على وجه الخصوص بأخصائى التخدير ، إلا أن الجراح لا يمكن ، مع ذلك ، إغفال دوره فى هذا الشأن . كما يرى البعض ، انه من المقبول عموماً ، وفى الغالب الأعم ، أن تفرض بلا تجزأة على الجراح وطبيب التخدير ، الأعمال التى تتعلق بالتحضير للعملية الجراحية ، بالمعنى الواسع لهذا المصطلح . ومن امثلتها الفحوص الإعدادية للمريض ، وسيلة التحضير ، الإحتياطات الواجب مباشرتها أثناء العملية وفقًا لمدتها . وتكون المسئوليات فى منطقة الإختصاصات المشتركة هذه ، مرتبطة على نحو ضيق ، وبحيث لا يمكن إدانة أحدهما ، دون الآخر عن د. الشوا – السابق – بند ١٣٢ – ص١٥٢ ، ١٥٣ J.P.Karaquillo, les responsabilitès civiles médicales découlant de l'acte d'anesthésie. D. 1974 p. 183 N° . 17 .

وهامش رقم (١) . وفى الواقع ، فإنه إذا كانت الفحوص الإعدادية ، تنتمى بالضرورة إلى إختصاص طبيب التخدير إلا انه لا يمكن للجراح أن يتجاهل معرفة ما إذا كانت فصيلة الدم قد تحددت ، من عدمه ، وبهدف إحتمال أن تجرى عملية نقل الدم أثناء العملية الجراحية . ويجب أن يتأكد ايضاً ، من ان المريض على الريق ، قبل أن تجرى له العملية الجراحية . وإذا كان الجراح هو الذى يسند إليه مباشرة العمل الجراحى ، إلا ان عليه التأكد من أن كل الإلتزامات الأساسية قد نفذت ، من اجل مباشرة العملية الجراحية ، فى أفضل ظروف . ويمكن أن تثور المسئولية المشتركة لكل من الجراح وطبيب التخدير ، متى وجدت مشاركة فى بعض القرارات ، حتى بالنسبة للمسائل التى تخص بصفة أساسية إختصاص طبيب التخدير . وعلى سبيل المثال ، إختيار وسيلة التخدير ، أو ايضًا تحديد ساعة العملية الجراحية . عن د. الشوا – السابق – بند ١٣٢ – ص١٥٢ .

التمسك بالخطأ الفردى لهذا العضو أو ذاك ، إذ أن خطأ الفريق يختلف عن مجموعة الأخطاء الفردية .

فالضرر الذى أصاب المريض ، إنما ينشأ عن خطأ الفريق ، ولا يمكن أن يسأل عنه كل عضو من أعضاء الفريق على إنفراد ، أو لا يمكن على الأقل أن يسأل عنه عضو واحد ، دون الأعضاء الآخرين(١). وعدم قبول هذا الحل ، يمكن أن يصطدم برابطة السببية بالنسبة للضرر ، خاصة عند محاولة تحديد دور خطأ كل عضو من أعضاء المجموعة بالنسبة لما وقع من ضرر . ولا شك أن خطأ المجموعة ، أو الفريق لا يختلط مع خطأ كل فرد من أفراد الأعضاء المكونين لتلك المجموعة ، إذ ما أخذ بصفة فردية . وفى كثير من الأحوال ، لا يوفق المضرور فى إثبات الخطأ الفردى ، لأن الواقعة الضارة ، إنما تنسب إلى مجموع الأعضاء ، أو الفريق .

وهكذا ، عندما يتسبب عدة أطباء ، من خلال فريق طبى - قبل أو أثناء عملية جراحية - مثل الجراح وطبيب التخدير ، فى وفاة مريض، فقد يستحيل كشف نصيب كل واحد منهم فى الخطأ الذى أفضى إلى تلك الوفاة .

وبناء على ذلك ، وعلى منوال ما تقرر بالنسبة لحوادث الصيد -عندما يصيب طلق نارى شخصاً ، على إثر إطلاق متزامن لأكثر من صياد، فى إتجاه الضحية ، ويستحيل تحديد المسئول ، فيسأل فريق

---

(١) ومن أمثلة ذلك فى مجال الصيد ، قيام إثنين من الصيادين بإطلاق النار فى وقت واحد ، على مجموعة من الطيور ، فيصيب الطلق النار عاملاً زراعياً ، كان يعمل فى حقل مجاور . حيث طبق القضاء فى هذه الحالة نظرية يقال لها الرابطة الموحدة "gerbe unique" ، أى أن مجموعة الإطلاقات النارية ، تشكل رابطة موحدة ، وتصبح كأداة لإحداث الضرر ، فكان الصيادان مسئولين معاً ، عن إحداث الضرر. عن د. محسن البيه - السابق - هامش رقم (٢) - ص٩٦ Civ., 11 févr. 1966, B. civ., 11, n° 199, P. 143 .

الصيد كله - يسأل هنا أيضًا الفريق الطبى . وفى هذا حل لمشكلة إثبات السببية (١) .

٢٤٥ - ثانيًا : خطأ الفريق الطبى يكون كافيًا :

لا شك أن نسبة الخطأ للفريق الطبى ، تقتضى أن يكون لهذا الفريق شخصية قانونية ، وإلا فكيف ستنعقد مسئوليته كمجموعة مستقلة عن الأعضاء المكونين لها ! . ولذلك يرى أحد الفقهاء (٢) ، أن كل مجموعة من الأشخاص تجتمع بطريقة مقصودة ، تكون مسئولة بالتضامن ، عما يقع من ضرر ، بسبب فعل أى عضو من أعضائها ، متى حدث ذلك ، خلال ممارسة النشاط الذى إجتمعوا من أجله .

ويقدر أن هذا التحليل يكون صحيحًا تمامًا ، فى كل حالة نستطيع أن نكتشف لدى هذه المجموعة المشكلة بطريقة مقصودة ، شخصية معنوية (كامنة) ، إذ تكون كافية لإثبات نوع من التضامن الجوهرى بين أعضائها .

ويمكن أن نجد إشارة فى أحد أحكام الأساس الفرنسية ، إلى هذه الفكرة ، حيث قضت المحكمة بأنه ، لكى تنعقد المسئولية التضامنية لأعضاء مجموعة من الأشخاص ، فإن من المهم أن تنشأ الواقعة الضارة ، من نوع من إمتزاج كل أعضاء المجموعة ، دون أن يمكن تحديد نصيب كل عضو ، فى المسئولية الناشئة عن ذلك (٣) .

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٥٩ - ص٩٦ ، ٩٧ .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٥٩ - ص٩٧ ، وهامش رقم (١) ABERKAN, note sous : Civ., 5 févr. 1960, D. 1960, J. 369 .

(٣) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٥٩ - ص٩٧ ، ٩٨ ، وهامش رقم (١) T. Civ. Saumur, 8 nov. 1945, J.C.P. 1946, 11, 3045 .

المبحث الثانى

أساس فكرة شخصية الفريق الطبى

٢٤٦ - المبررات القانونية لمنح الشخصية للفريق الطبى :

فى إطار تحديد المبررات القانونية لمنح الشخصية المعنوية للفريق الطبى ، نستطيع أن نرصد محاولتين للفقه : الأولى تتحدث عما نسميه بالشركة الناشئة من الواقع . والثانية ، تعتمد على تحليل عناصر الشخصية المعنوية ، بوجه عام .

وفيما يلى ، نستعرض هاتين المحاولتين ، بشئ من التفصيل .

٢٤٧ - أولاً : نشوء شركة من الواقع بين أعضاء الفريق الطبى :

يرى أنصار هذه النظرية [١] ، أن شخصية الفريق الطبى ، يمكن أن تبرر بشركة تخلق من الواقع [٢] . إذ أنه على عكس شركة الواقع ، التى تعتبر شركة قانونية إنحلت ، فإن الشركة التى تنشأ من الواقع، تتولد من مجرد سلوك ذوى الشأن ، وتعبر عن إرادة ضمنية ، مع أن أعضاءها لم يبرموا بينهم أى إتفاق شفهى ، أو مكتوب . ومع ذلك . فيوجد من الدلائل ما يشير إلى إرادتهم فى الإشتراك ، ومع ملاحظة أن الشركة التى تنشأ من الواقع لا توجد ، إلا إذا إجتمعت كل العناصر المشكلة لعقد الشركة ، فإذا لم تتوافر هذه العلاقة للفريق الطبى ، لن يمكن إعتباره شركة ناشئة من الواقع .

---

(١) فرنسين سويرا - بند ١٨ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦١ - ص٩٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦١ - ص٩٨ ، وهامش رقم (٣) " la ... personnalisation de groupe pourra peut - être se traduire par une société créée de fait " .

إلا أن الغالب ، أن يكون الفريق الطبى ، وخاصة الجراحى ، ذو ترابط وثيق ، إذا أن أعضاءه يندمجون معاً عند التدخل المشترك من اجل علاج المريض . فالواقع أن اعضاء الفريق الطبى ، يربط بينهم قبول ، لا شك فيه ، لمخاطر ، ومنافع العمل الطبى المشترك ، ولا أدل على ذلك من إشتراكهم فى الأتعاب التى يدفعها المريض (١). وبالمقابل، فإنهم يتحملون بالمسئولية الناجمة عن غلط مشترك ، ادى إلى إصابة المريض ، أو وفاته .

وأخيراً ، فإن أنصار هذه النظرية ، يعترفون بصعوبة تحقيق شخصية للمجموعة ، أو الفريق ، مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين له ، ولذلك غالبًا ما يقرر القضاء مسئولية الطبيب ، أو الجراح الذى يكون رئيساً للفريق (٢) . ومن هنا يقوم التشابك بين خطأ الفريق ، والحكم بالتعويض عن طريق اللجوء إلى فكرة المسئولية التضاممية للأعضاء .

وعلى العكس من ذلك ، ففى تبريرها للمسئولية المشتركة لكل من الجراح ، وأخصائى التخدير ، فقد قررت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ، أنه فى ظل الفريق الجراحى المشكل من الجراح وأخصائى التخدير والإنعاش ، فإن عدم وجود جهاز للإنعاش ، قبل مباشرة عملية جراحية طويلة ، ودقيقة ، على مريضه سبق وأن أصابها الوهن ، نتيجة لخضوعها لعدة عمليات جراحية ، يشكل إهمالاً معيباً ، يسند لكل من عضوى هذا الفريق معاً ، حتى ولو كان أخصائى التخدير هو المسئول ، من حيث الأصل ، لعدم فحصه للمريضة ، إلا أثناء قيامه بالعمل المسند إليه (٣) .

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٦١ – ص٩٨ ، ٩٩ وهامش رقم (١) Angers, 11 mars 1971, D. 1973, 82 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٦ – ص٩٨ ، ٩٩ وهامش رقم (٢) T.G.I. Versailles, 11 déc. 1970, J.C.P. 1971, 11, 16755 .

(٣) عن د. الشوا – السابق – بند ١٣٦ – ص١٥٦ ، ١٥٧ .

كما أقرت محكمة « السين » بالمسئولية الجماعية لكل من الجراح، وطبيب التخدير ، بأن الزمتهما بدفع تعويض مدنى ، وأسست ذلك على أن « فكرة الفريق الجراحى ، هى بذاتها التى تعطى الحل القانونى الأكثر تطابقاً والحقيقة » . وجاء فى أسباب حكمها : « وحيث أن الأطباء يكونون فريقاً واحداً للعناية بالمريض ، لذا يمنحون وكالة ضمنية إلى أحد منهم ، والذى يتعاقد مع المريض ، لكى يبرم بإسمه عقداً طبيًا مع هذا الأخير . الذى يقبل من جانبه أن يتلقى الرعاية المختلفة من أعضاء الفريق ، وبالنظر إلى ذلك ، فإنه يقع على كاهلهم مجتمعين إلتزام بالسلامة ، ينشأ عن العقد ... » .

وقد قالت المحكمة عن مسئولية الطبيبين « الجراح والتخدير » فى هذه القضية : « وحيث أن الطبيبين لم يبرهنا على أن عدم تنفيذ إلتزامهما مرده سبب أجنبى ، لذا يتعين الزامهما متضامنين in solidum بتعويض الضرر الناشئ عن وفاة السيدة ... A » .

وقد عدلت نفس المحكمة ، بعد مضى عدة سنوات ، عن قضائها القديم ، فى حكمها الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٧٤ (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن إضفاء الشخصية على الفريق الطبى ، بإعتباره شركة نابعة من الواقع ، لا يمنع من مسئولية الأعضاء فى ذممهم المالية الخاصة ، عما قد يحكم به من تعويض للمضرور ، بسبب خطأ الفريق . فالشركة تسأل بالتضامن مع أعضائها عن نتائج التصرفات الضارة لهؤلاء .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – بند ١٣٩ – ص١٦٦ وهامش رقم (٢) T.G.I. seine 9 avril 1974 conc. méd. 1974. p. 5107. obs. A.Gombault .

ولا يقر الدكتور الشوا بالتفسير الذى منحته محكمة « السين » الإبتدائية لفكرة الفريق الطبى ، والذى يعنى من وجهة نظر هذه المحكمة نوعًا من المسئولية الجماعية ، وذلك من وجهة النظر الجنائية – راجع المرجع السابق – . بند ١٣٩ – ص١٦٦ .

وبعبارة أخرى ، فإن الفريق سوف يحل محل العضو المعسر .
وبناء على ذلك ، عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولاً ، ونكون بصدد مجموعة من الأشخاص ، قرروا وضع مصالحهم المشتركة معًا ، فيكون مشروعاً أن يسألوا في مجموعهم ، وذلك من خلال الشخص المعنى الذى ينتمون إليه . فاللجوء إلى الصيغة الجماعية ، من شأنه أن يزيد من عدد المسئولين ، ويوفر ضمانة قوية ، لتعويض المضرور[1] .

٢٤٨ - ثانيًا : توافر عناصر الشخصية المعنوية في الفريق الطبي :

تقوم هذه الفكرة على إفتراضات معينة ، تتعلق بمسئولية الفريق – طبيًا كان أو غير طبى – عند وقوع ضرر تسبب عن أحد أعضائه ، كما أن هناك عناصر معينة ، يلزم توافرها لإمكان ثبوت الشخصية المعنوية لجماعة من الأشخاص ، طبقًا لنظرية الحقيقة القانونية .

وتفصيل ذلك ، فيما يلى :

٢٤٩ - (أ) إفتراضات فكرة الفريق الطبي :

وتتمثل نقطة الإنطلاق ، عند أنصار هذه النظرية ، في أنه عندما توجد مجموعة مشتركة ، ومحددة من الأشخاص ، وتثور مشكلة بالنسبة للمسئولية عن تعويض ضرر أصاب الغير ، تسبب فيه عضو غير محدد من أعضائها ، فإن هؤلاء الفقهاء يرفضون ما ذهب إليه البعض ، من حيث إعفاء المجموعة كلها من هذه المسئولية ، بحجة عدم تمتعها بالشخصية المعنوية .

وفي سبيل تجاوز هذه العقبة ، يقدرون أنه متى كان لهذه المجموعة وجود قانوني مستقل ، نابع من وجود هدف محدد ، تكونت

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٦١ – ص٩٩ .

من أجله ، كان لها شخصية معنوية ، أو بعض هذه الشخصية ، ويمكن عندئذ أن تنعقد مسئوليتها عن الضرر الذى أصاب الغير ، دون ما أهمية لتحديد أى من أعضائها بالذات ، قد تسبب فى هذا الضرر [١] .

وهكذا ، فإن الحل الملائم لهذه المشكلة ، ينبغى أن يتجه صوب فكرة الشخصية الإعتبارية ، أو المعنوية لجماعات الأشخاص ، التى تتكون بطريقة عمدية .

والواقع ، أن هذا الحل يعتمد على تحديد طبيعة الشخصية المعنوية ،وهل هى حقيقة فنية ، أم مجرد إفتراض ، وحيله صناعية[٢].

والراجح قانوناً الآن - فى القوانين الفرنسى والمصرى والكويتى - أن الشخصية المعنوية ، هى حقيقة قانونية . وهذا التكييف له أهمية قصوى فى مجال موضوعنا ، حيث إن عدم وجود نص يقرر الشخصية القانونية لمجموعة ما ، لن يمثل عقبة تمنع من إضفاء هذه الشخصية على المجموعة من الأشخاص . متى كانت قائمة على مصلحة إجتماعية على قدر من الثبات ، وتتجسد فى حد أدنى من التنظيم [٣] ، أو كلما كان هناك كائن إجتماعى له قيمة إجتماعية ، تستمد من قيمة الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه ، ومن قدرته ، وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق [٤] . حيث يكون

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٦٢ - ص١٠٠ .

(٢) راجع فى عرض هذه النظرية مؤلف الدكتور محسن البيه : شرح القانون المدنى الكويتى - الكويت ١٩٨٩ ، خاصة بند ٢٠٦ ، ٢٠٩ - ص٢٧٥ وما بعدها . مشار إلى ذلك فى مرجعه السابق - بند ٦٢ - ص١٠٠ ، وهامش رقم (١) .

(٣) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٢ - ص١٠١ ، وهامش رقم (٢)
CARBONNIER (Jean), Droit civil, T. 1. (Introduction. les peusonnes) 1971. . n° 86, p, 301

(٤) حسن كيره - المدخل إلى القانون - ١٩٧١ - بند ٣٢١ - ص٦٣٢ . عن د.محسن البيه - السابق - بند ٦٢ - ص١٠١ ، وهامش رقم (٣) .

للكائن الإجتماعى فى هذه الحالة ، حياة قانونية مستقلة ، متعلقة بهذا الهدف ، ويصير مركزاً تستند إليه مظاهر هذه الحياة ، من حقوق ، وواجبات ، والتزامات (١) .

٢٥٠ - (ب) العناصر اللازمة لثبوت الشخصية المعنوية لجماعة من الأشخاص طبقاً للنظرية :

فطبقاً لهذه النظرية ، يلزم أن تتوافر لهذه الجماعة عناصر أربعة. وهذه العناصر هى :

٢٥١ - (١) وجود مصلحة جماعية مشروعة تهدف هذه المجموعة إلى تحقيقها :

فالعنصر الأول إذاً ، هو وجود مصلحة جماعية مشروعة ، تهدف هذه المجموعة من الأشخاص إلى تحقيقها ، وتكون فى ذلك أقدر من الكائن الفردى . ولا شك فى توافر هذا العنصر لدى الفريق الطبى ، إذ أن هدف هذا الفريق ، هو علاج مريض ، وهو من أسمى الأهداف الإجتماعية ، والذى لا شك فى مشروعيته (٢) .

٢٥٢ - (٢) إمكانية تعبير هذه الجماعة عن إرادتها :

أما العنصر الثانى ، وهو أن يكون لهذه الجماعة الإمكانية للتعبير عن إرادتها ، ونعتقد فى وجود هذا العنصر لدى الفريق الطبى،حيث يتولى عادة التعبير عن إرادته رئيس الفريق الطبى ، كالجراح مثلاً .

---

(١) وقد أكدت هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ، منذ عام ١٩٥٤ ، حيث قضت بأن الشخصية المدنية ، ليست من خلق المشرع ، وإنما تخص - من حيث المبدأ - كل جماعة مزودة بإمكانية التعبير الجماعى ، من أجل الدفاع عن مصالح مشروعة ، جديرة ، من ثم بالإعتراف القانونى بها . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٢ - ص١٠١ ، وهامش رقم (٤) .

(٢) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٢ - ص١٠١ ، وهامش رقم (٤) Civ., 28 janv. 1954, D. 1954, 217, note Levasseur .

وفى نظرالبعض ، فإن هذا العنصر ليس حتمياً هنا ، لأن إقتضاء الإرادة ، لا يكون إلا إذا كنا بصدد تصرفات قانونية ، ولذلك لا يبدو هذا العنصر لازمًا فى مجال المسئولية التقصيرية ، حيث إن الإلتزام بالتعويض ، لا يجد مصدره المنشئ فى الإرادة ، وإنما فى مجرد واقعة مادية ، أو بعبارة أخرى سلوك مادى خاطئ . ولذلك يمكن الإعتراف للمجموعة ببعض من الشخصية ، دون أن يوجد إعتراض جدى (١) .

٢٥٣ - (٣) قابلية الكائن الإجتماعى للدوام :

ويقصد بها العنصر ، أن يتوافر لدى أعضاء هذا الكائن الإجتماعى نية ثابتة ودوامة ، وإلا يكون مجرد تجمع عرضى .

ويرى الدكتور محسن البيه ، أن هذا العنصر ، يتوافر أيضًا للفريق الطبى ، فلا يمكن أن يكون عرضيًا ، إذ يسبقه إعداد ، وتنظيم، وتحديد أدوار ومهام الأعضاء ، على نحو دقيق ومحكم .

٢٥٤ - (٤) وجود ذمة مالية للكائن الإجتماعى :

ومن أولى الملاحظات على هذا العنصر، هى أن الذمة المالية ليست من عناصر تكوين هذا الكائن ، وإنما من نتائج ثبوت الشخصية القانونية له . ورغم ذلك ، فيعترف أنصار هذه النظرية أن من الصعب التحقق من وجود هذا العنصر ، بالنسبة لتلك الكائنات الإجتماعية الوسط ، حيث لا يوجد فصل تام ، من حيث الذمة المالية ، بين الشخص المعنوى ، وأعضائه(٢). كما أن هناك من التطبيقات القانونية ما تقرر المسئولية التضامنية ، بين الشخص المعنوى ، وأعضائه .

---

(١) محمد شكرى سرور - بند ٨١ - ص١٠٥ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٣ - ص١٠١ ، ١٠٢ ، وهامش رقم (١) .

(٢) وهذه النتيجة ايضاً هى ما يسلم بها انصار النظرية السابقة المتعلقة بالشخصية التى تنشأ من الواقع . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٣ - ص١٠٢ ، وهامش رقم (٢) .

والواقع ، أن تخلف هذا العنصر الأخير ، كان دافعاً لأنصار هذه النظرية للقول بأن الشخصية المعنوية لأمثال هذه المجموعات ، إنما تكون نصف ، أو بعض الشخصية . ولا يجوز الإعتراض على ذلك ، إذ أنه يكفى لإمكانية رجوع المضرور على الفريق الذى لا يكون منفصلاً تماماً عن أشخاص مكونية . وهذا يعنى أن التعويض الذى سوف يحكم به للمضرور ، على هذا التجمع ، سوف تتحمله فى النهاية الذمم المالية الخاصة لمكونيه . فنحن هنا أمام شخص إعتبارى ناقص ، أو كائن إجتماعى له بعض الشخصية ، وليس كل الشخصية.

ويقدر هؤلاء الشراح ، أن مثل هذا الشخص الإعتبارى الناقص ، ليس غريباً ، أو شاذاً ، فقد سبق أن اكد بعض الفقهاء ، أنه فيما بين العدم والشخصية القانونية ، تقوم كيانات لها وجودها الظاهر فى عالم القانون [1] . ومجموعات الأشخاص ، مثل فريق كرة القدم ، وفريق الصيادين ، والفريق الطبى ، هى إحدى نماذج هذه الكيانات الوسط . إن هذه المجموعات بنصف الشخصية ، تكون حقيقة ذات مدلول قانونى ، وتكون لها حياة قانونية محدودة ، ولكنها مؤكدة ، بما يمكن معه أن تسند إليها مظاهر الحياة ، وبصفة خاصة ، تبعات الخطأ الذى يمكن أن يرتكبه عضو غير محدد من أعضائها .

---

(١) محمد شكرى سرور – المرجع السابق – بند ٨٧ – ص١٠٩ ، حيث يشير إلى عن د. محسن البيه – السابق – بند ٦٣ – ص١٠٢ ، ١٠٣ ، وهامش رقم (١) . COULOMBEL., Ency. D.V.Personne morale, n° 13

المبحث الثالث
فكرة خطأ الفريق الطبى بين التأييد والرفض

٢٥٥ - مزايا وعيوب الفكرة فى آراء الفقهاء :

يرى بعض الفقهاء ، أن فكرة خطأ الفريق الطبى ، فكرة صحيحة، جيدة ، نظراً لما تنطوى عليه من مزايا ، بينما يرى البعض الآخر أنها فكرة غير صحيحة ، ويتعين الإلتفات عنها .

وفيما يلى ، نعرض لكل من هذين الإتجاهين ، بشئ من التفصيل :

٢٥٦ - أولاً : الفقه المؤيد لفكرة خطأ الفريق الطبى :

يرى أنصار هذه الفكرة ، أن من مزاياها أنها تجعل لروح التضامن ، والتآزر - الموجودة أصلاً لدى أشخاص المجموعة - معنى أو مدلولاً قانونياً .

فالواقع يكشف عن انه بين هذه الجماعة من الأشخاص التى تتجه إلى تحقيق هدف جماعى ، وتتضافر جهودها من أجله ، تفكير مشترك أو عقلية مشتركية ، تجعل سلوك كل عضو من أعضائها مرتبطاً بسلوك الآخرين ، حتى ولو لم يكن هناك تنظيم فنى معلن لإدارة نشاطهم ، ومثل هذه الروح تبقى خارج دائرة القانون ، ما لم ينتظمها إطار قانونى ، وهو الكيان الذى يتمتع بقدر من الشخصية الإعتبارية [١] .

كما أن الإعتراف بهذه الشخصية للفريق الطبى - وغيره من

---

(١) أبركان - بند ٢٩ - ص٥٤٠ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٤ - ص١٠٢، وهامش رقم (٢) .

جماعات الأشخاص المماثلة - يتواءم وفكرة المسئولية الجماعية ، بالنظر إلى التزايد المطرد للنشاط الجماعى ، فى العصر الحديث .

وفوق كل ذلك ، فليست هذه الفكرة بالغريبة عن القانون ، فالحقيقة - كما يرى هؤلاء الفقهاء - أن بعضاً من أحكام القضاء التى أكدت حق المضرور فى التعويض ، فى حالة فرق الأشخاص ، إعتماداً على القواعد الموضوعية للمسئولية المدنية ، إنما قد اعتمدت فى ذلك، على وسائل وأفكار تترجم روح وجوهر الشخصية المعنوية، وإن لم تعلن ذلك صراحة ، وبصفة خاصة عندما تشير إلى الخطأ المشترك فى التخطيط . والتنظيم ، والحراسة الجماعية (١) .

٢٥٧ - ثانياً : الفقه المعارض لفكرة خطأ الفريق الطبى :

يرى الفقه المعارض (٢) - بداية - أن فكرة خطأ الفريق الطبى ، خاصة عندما ينسب الخطأ إلى عضو غير محدد من أعضائه ، تقترب إلى حد كبير من فكرة الخطأ الإحتمالى ، الذى يستفاد من مجرد وقوع الضرر ، دون أن يكلف المضرور بإثبات خطأ الطبيب ، وأنها فكرة تناقضت فى قبولها ورفضها أحكام القضاء الفرنسى - كما رأينا ذلك من قبل - كما إنتقدها كثير من الفقهاء . وأنه من المؤكد أن الإعتراف له بالشخصية المعنوية ، يساهم كثيراً فى تخفيف عبء الإثبات عن المضرور ، دون اللجوء إلى فكرة الخطأ الإحتمالى المنتقدة، ودون مجاوزة الحقائق . إذ كما رأى البعض بحق ، فإن خطأ أعضاء مجموعة فيه شئ ما غير قابل للإنقسام ، نوع من العدوى المتبادلة ، تؤدى إلى أن كل واحد تكون له حصة فى خطأ الآخرين (٣) .

---

(١) محمد شكرى سرور - المرجع السابق - بند ٧٩ - ص١٠١ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٤ - ص١٠٣ ، ١٠٤ ، وهامش رقم (١) .

(٢) صاحب هذا الرأى ، هو الدكتور محسن البيه .

(٣) عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٥ - ص١٠٤ ، وهامش رقم (٢) . SAVATJER. note sous : Civ., 5 juin 1957, D. 1957, 493

إلا أن هذا الفقه ، ومع إتفاقه مع الرأى السابق ، يرى أنه من الواجب - فى ظل القانون الوضعى - رفض مسئولية الفريق الطبى، كشخص معنوى ، والإبقاء على المسئولية التضامنية ، أو التضامنية لأعضائه ويرجع ذلك لسببين رئيسيين :

٢٥٨ - السبب الأول : عدم صحة القول بأن الفريق الطبى تثبت له بعض أو نصف الشخصية المعنوية :

وفى تعليله لذلك ، يرى أن الشخصية المعنوية لا تقبل التبعيض، فهى إما موجودة ، أو غير موجودة (١) ، بإعتبارها الصلاحية المجردة، لإكتساب الحقوق ، والتحمل بالإلتزامات . وأنها لذلك لا تقبل التجزئة، بل يجب أن تواجه فى ذاتها ، من حيث مبدأ وجودها ، بإعتبار أنها إما موجودة ، وإما منعدمة ، ولكنها لا تتصور ناقصة(٢).

٢٥٩ - السبب الثانى : غياب إعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للفريق الطبى :

وإستكمالاً لتبرير معارضته لفكرة خطأ الفريق الطبى ، يرى هذا الفقه أنه فى ظل القانون الوضعى - المصرى والكويتى - يلزم توافر عنصرين جوهريين لوجود الشخص المعنوى وبصفة عامة . الأول ، وجود كائن ذو قيمة إجتماعية ، بصرف النظر عن مصدر وجوده، فقد يكون من خلق الله سبحانه وتعالى - وهى قوة تعلو وتتجاوز قوة البشر - وهذا هو الإنسان ، أى الكائن الطبيعى ، أو أن

---

(١) يشير الدكتور محسن البيه هنا إلى مؤلفه شرح القانون المدنى الكويتى - نظرية الحق ، لمراجعته فى البندين ٧٨ ، ٢١٦ - ص١٥٩ ، ٢٨٩ - المرجع السابق - بند ٦٥ - ص١٠٤ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) حسن كيره - المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - ١٩٧٤ - بند ٢٠٩ ، ص٥١٨ ، سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - بند ٣٠٩ - ص٥٨٢ . عن د. محسن البيه - السابق - بند ٦٥ - ص١٠٤ ، ١٠٥ ، وهامش رقم (١) .

يكون هذا الكائن متولداً من تشكيل الإنسان له ، مثل الشركات والجمعيات ، مادام لهذا الكائن وجود وكيان مستقل ، يميزه عن كيان وذاتية الشركاء ، أو الأعضاء فيه ، والقيمة الإجتماعية لهذا الكائن ، هى التى تبرر إعتباره ذا وجود وحياة قانونية مستقلة .

وإذا كان هذا العنصر ، يتوافر على نحو ما ، بالنسبة للفريق الطبى ، إلا أنه يبقى العنصر الآخر الجوهرى . ويتمثل هذا العنصر فى ضرورة إعتراف المشرع لهذا الكائن بالصلاحية للوجوب له ، أو عليه ، أى بالشخصية القانونية .

وعلى ذلك ، فيفرض وجود فريق طبى معتبر ، ككائن معنوى متكامل المقومات ، فإن تمتعه بالشخصية المعنوية يتوقف على إعتراف المشرع له بهذه الشخصية (١) .

ويرتب على ذلك ، أن الحل المقبول الآن – ونتيجة لغياب إعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للفريق الطبى هو إمكانية إنعقاد المسئولية التضامنية، أو التضامية ، لأعضاء الفريق الطبى ، وأن من شأن هذه أو تلك ، أن تحقق للمضرور ، عملياً ، نتائج مماثلة لما يمكن أن يترتب على إنعقاد مسئولية الفريق الطبى ، عند من يقولون بذلك.

فإذا كنا أمام فريق طبى ، تكون من بعض الأطباء والمساعدين ، الذين تتكامل أدوارهم ، من أجل عمل طبى معين ، كعلاج ، أو جراحة لمريض ، ثم وقع ضرر لهذا المريض ، دون إمكانية تحديد عضو الفريق بالذات ، الذى تسبب فى هذا الضرر . أو كان هناك ترابط وثيق بين أعمال هؤلاء الأعضاء ، بحيث يصبح من التعسف ، والظلم، تحميل عضو واحد نتيجة ما وقع للمريض من ضرر ، أمكن حينئذ أن يتمسك المضرور بالمسئولية التضامنية – فى القانون المصرى –

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ٦٥ – ص١٠٥ ، ١٠٦ .

أو بالمسئولية التضاممية - فى القانون الكويتى - لأعضاء هذا الفريق الطبى . ولا شك أن ذلك ، يوفر ميزة مهمة للمضرور - دون خروج على قواعد القانون - حيث تتعدد أمامه فرص الحصول على تعويض ، عما أصابه من ضرر [1] .

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٦٥ - ص١٠٦ .

الفصل الخامس

الخطأ الطبى فى الجراحات التخصصية

« أبحـاث مقارنـــة »

الفصل الخامس

الخطأ الطبى فى الجراحات التخصصية

٢٦٠ - تمهيد وتقسيم :

إذ نحن بصدد إستعراض الخطأ الطبى فى الجراحات التخصصية، فقد رأينا أن نعرض أولاً لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، ثم من بعد لجراحات التجميل ، ثم لجراحات تحويل الجنس ، ثم لجراحات التعقيم ، وأخيراً لجراحة الرتق العذرى للفتيات .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نخصص فرعاً ، لكل من هذه العمليات، والجراحات ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

الفرع الثانى : جراحات التجميل .

الفرع الثالث : جراحات تحويل الجنس .

الفرع الرابع : جراحات التعقيم .

الفرع الخامس : جراحة الرتق العذرى للفتيات .

الفرع الأول

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

٢٦١ - إتساع نطاق جراحات زرع الأعضاء فى العصر الحالى بطريقة ملحوظة عى المستويين الأفقى والرأسى :

على الرغم من أن التشريعات المختلفة ، تحصر أشد الحرص على كفالة الحماية القانونية لكيان الإنسان المادى ، أى جسمه ، وحياته، ضد أى إعتداء يستهدف المساس به، فإن الإعتبارات الإنسانية، والمفهوم الحديث للعلاقات الإجتماعية قد جعلا من هذه الحماية ، مثاراً للجدل القانونى ، والفقهى ، حول مدى إعمال قواعد المسئولية ، عند المساس بجسم الإنسان ، تحقيقاً لأغراض علمية ، وإنسانية .

ولقد برزت هذه المسألة ، بوجه خاص ، فى مجال ما يعرف بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، والتى مرت بمراحل من التطور ، بدأت بنقل جزء من جسم الإنسان ، إلى جزء أخر من جسمه، وتطورت إلى أن أصبحت تنقل من إنسان حى إلى أخر ، ومن شخص ميت إلى أخر حى . وبدأت بأعضاء معينة ، ثم إمتدت لتشمل سائر أعضاء جسم الإنسان .

ويقصد بزرع الأعضاء ، نقل عضو ، أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من متبرع ، إلى مستقبل ، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف (١) .

---

(١) الدكتور محمد على البار - زرع الجلد ومعالجة الحروق - ص٩ - الطبعة الأولى ١٩٩٢ ، وأيضاً الموقف الفقهى والأخلاقى من قضية زرع الأعضاء - ص٨٩ - الطبعة الأولى ١٩٩٤ لذات المؤلف . والدكتور محمد أيمن الصافى - غرس الأعضاء فى جسم الإنسان - ص٩ - الطبعة الأولى ١٩٨٧ . عن د. سميرة عايد الديات - عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون - رسالة دكتوراه ١٩٩٩- ص٧ ، وهامش رقم (١) .

ولعله من الملاحظ ، أنه فى السنوات الأخيرة من القرن العشرين، أجريت العديد من العمليات الجراحية الناجمة ، خاصة بعد إكتشاف عقار السيكلوسبورين (أ) Cyclosporin. A ، وهو عقار توصل إليه العلماء ، فى عام ١٩٨٠ ، يساعد العضو الغريب المزروع على البقاء فى جسم المريض ، ويثبط الجهاز المناعى لجسمه ، وبفضل إستخدام هذا العقار الجديد ، إرتفعت نسبة نجاح عمليات زرع الأعضاء إلى حوالى ٨٠٪ ، فكان ذلك إشراقًا جديداً فى حياة البشرية ، أسهم فى إنقاذ حياة آلاف البشر ، إن لم يكن الملايين منهم(١) .

وتعد عمليات نقل الدم (٢) ، من أكثر العمليات إنتشاراً . ويعتبر الطبيب الإنجليزى « چيمس بلندل » أول من قام بنقل الدم الإنسانى لبعض النساء اللاتى كن يعانين من نزف النفاس ، عام ١٨١٨ .

أما بالنسبة للقرنية ، فقد تمكن الجراح الروسى « فيلانوف » من زرع القرنيات من الموتى إلى الأحياء ، فى أوائل الثلاثينيات .

كما ظهرت أول عملية زراعة للقلب ، فى كانون الأول ١٩٦٧ ، فى جنوب أفريقيا ، على يد الطبيب « برنارد » ، حيث نقل قلب إمرأة سوداء ، توفيت فى حادث سيارة لرجل أبيض يدعى « لويس وإشفانسكى » كان مصاباً بمرض خطير فى القلب . وقد إستمر

---

(١) Roger Gabriel : Apatients Guide to Dralysis and transplantation P. 165. Fourth edition . Kulmer acadimie . publishers. 1990 .

وقال الدكتور « توماس ستارزل » ان علاج السيكلوسبورين ، هو المفتاح الذى فتح أبواب عمليات نقل وزرع الأعضاء . عن د. سميرة الديات – السابق – ص١١ ، وهامش رقم (١) .

(٢) للمزيد من التفاصيل ، راجع الدكتور محمد عبد الظاهر حسين – مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم – ص١٠ – القاهرة ١٩٩٥ . عن د.سميرة الديات – السابق – ص١٢ ، وهامش رقم (١) .

القلب المنقول فى العمل لمدة سبعة عشر يوماً ، إلى أن توفى المريض، نتيجة إلتهاب رئوى خطير .

أما عن الكلى ، فقد كان « هامبرجر » أول من قام بنقل كلية ، من أم سليمة ، إلى إبنها الذى أصيبت كليته الوحيدة فى حادث ، وكان ذلك فى عام ١٩٥٣ . ولكن لم تتم العملية بنجاح ، إلا عندما أجرى « موراى » فى٢٣ كانون الأول عام ١٩٥٤ عملية نقل كلية ، من أخ لأخيه التوأم المتماثل ، والمسمى علمياً Identicale Twins (١) .

وتعتبر عمليات نقل الرئتين ، من العمليات التى لم تحقق أى نجاح يذكر ، لكونها على درجة كبيرة من الخطورة . ولقد لقى المرضى الذين أجريت لهم هذه العملية حتفهم إلى أن قام الطبيب المصرى «مجدى يعقوب» بزراعة القلب والرئتين معاً ، بعد إختراع جهاز القلب والرئتين المحمول (٢) .

وفيما يتعلق بزراعة الكبد ، فقد كان الجراح الأمريكى الشهير «توماس ستارزل » ، أول من قام بعملية زرعه ، إلا أنها باءت بالفشل فى عام ١٩٦٣ . وفى عام ١٩٦٤ ، قام « ولسن » بعملية زرع كبد لمريض عاش فترة إسبوعين .

وفى كل الأحوال ، فإن ظهور عقار السيكلوسبورين ، قد ساهم فى إزدياد نسبة نجاح عملية زراعة الكبد . وبظهور هذا العقار أيضاً ،

---

(١) انظر محمد على البار – الفشل الكلوى وزرع الأعضاء – الطبعة الأولى – ص١٠٥. ومن الطريف أن زوجتى رجل أعمال عربى تبارتا على التبرع بكلية لزوجها المريض ، ولم يحسم التنافس بهما إلا بالقرعة التى فازت بها الزوجة الثانية (جريدة الرأى الأردنية – العدد ٩٧٣٢ – تاريخ ١٩٩٧/٤/٢٩) . عن د.سميرة الديات – السابق – ص١٢ ، وهامش رقم (١) .

(٢) وهو جهاز محمول " Portable heart lung by pass " ، يمكن نقله بعد وضع القلب والرئتين لمئات الأميال ، إلى الشخص المستقبل ، الذى يحتاج لزرع القلب والرئتين. عن د. سميرة الديات – السابق – ص١٣ ، وهامش رقم (٢) .

إزدادت نسبة نجاح زراعة البنكرياس ، لمعالجة مرضى السكرى ، وكذلك تقى العظام ، أو ما يسمى بالنخاع العظمى ، علماً بأنها مازالت محصورة بالتوائم والأشقاء ، أو أحد الوالدين .

وأخيراً ، فبالنسبة لزراعة العظام ، فقد إنتشر هذا النوع من العمليات ، حتى أنه يعتبر الآن من العمليات التقليدية ، وقد ساهم فى ذلك ، إنتشار بنوك العظام ، وخاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وأوروبا ، والدول العربية ، مثل القاهرة ، وجدة ، وفى معظم المستشفيات [1] .

هذا الكم الهائل ، من عمليات زرع الأعضاء ، يستحق من رجال القانون إظهار التعاون مع العاملين فى الحقل الطبى ، حتى توضع هذه العمليات فى إطارها القانونى السليم ، مما ينعكس ، من ثم ، على البشرية ، بالخير والسعادة .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى مبحثين ، نخصص أولهما لبحث نقل الأعضاء من جسم حى ، والآخر لنقلها من جسم ميت .

---

(١) الدكتور محمد على البار – الموقف الفقهى والقضائى من قضية زرع الأعضاء – ص٤٩ – ٨٨ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص١٤ ، وهامش رقم (١) .

المبحث الأول

نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

٢٦٢ - تمهيد وتقسيم :

فى إطار بحثنا فى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، فإنه يتعين علينا أن نبدأ بعرض الموضوع ، من وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم من بعد للموقف فى نطاق القوانين الوضعية ، ثم نختتم هذا المبحث ، بعرض التطبيقات القضائية فى هذا المجال .

وعلى ذلك ، فسوف نجرى تقسيم هذا المبحث ، على النحو التالى:

المطلب الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء فى القوانين الوضعية .

المطلب الثالث: التطبيقات القضائية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

المطلب الأول
نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء
فى الشريعة الإسلامية

٢٦٣ - تمهيد :

فى عرضنا لرأى فقهاء الشريعة الإسلامية ، بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، نعرض أولاً للمبررات الشرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية ، ثم لحكم الإنتفاع بأجزاء الأدمى الحى ، فى حالات الإضطرار . ثم لشروط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، وأخيراً لآراء القائلين بعدم جواز النقل ، والزرع، وذلك على التفصيل التالى :

٢٦٤ - أولاً : المبررات الشرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية :

نعرض هنا لأهم القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى ، التى يمكن على ضوئها إستخلاص القواعد بشأن بعض التطبيقات الحديثة للعمل الجراحى ، كإستقطاع عضو من إنسان بغرض زرعه فى جسم إنسان أخر على سبيل العلاج . وسوف نقوم بتوزيع هذه القواعد على ثلاث طوائف ، وذلك على النحو التالى :

٢٦٥ - الطائفة الأولى : قواعد التصرف فى الحق فى سلامة الحياة والجسد :

١- قتل الإنسان ، أو قطع عضو من أعضائه ، لا يحتمل الإباحة بغير حق .

٢- يقدم ما كان فيه حق الله ، وحق العبد ، على ما كان فيه حق الله وحده [١] .

---

(١) وتطبيقاً لذلك ، فقد اباح الشارع اكل النجاسات ، والتداوى بها للضرورة ، =

٣- حقوق الله مبنية على التسهيل ، فى حين أن حقوق الآدمى مبنية على التشديد فى حالة الضرورة [(١)] .

٢٦٦ - الطائفة الثانية : قواعد المفاضلة بين المصالح والمفاسد :

يمكن أن يستدل على هذه المفاضلة ، من خلال مصادر الشريعة، التى وردت بها نصوص صريحة للترجيح بين المصالح . من هذا قوله تعالى : ﴿ أتستبدلون الذى هو أدنى بالذى هو خير ﴾ [(٢)] . فهذا نص صريح فى ترجيح المصلحة الأعلى على المصلحة الأدنى [(٣)] .

هذا ، ويمكن لنا أن نستخرج من هذا الأصل قواعد متعددة ، من ذلك :

٢٦٧ - الأولى : إرتكاب أخف الضررين دفعاً لأعظمهما [(٤)] :

١- عند المفاضلة بين المصالح المجتمعة فى عمل واحد ، إن أمكن

- إن لم يوجد طاهر يقوم مقامها ، لأن مصلحة العافية والسلامة أكمل من مصلحة إجتناب النجاسة ، يراجع قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للفريق عبد السلام ٩٤/١ -٩٥ ، ٩/٢ . عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة . دكتور أسامة السيد عبد السميع - ٢٠٠٦ - ص٢٠ ، وهامش رقم (١) .

(١) مع مراعاة أن التسهيل فى حقوق الله ، راجعة إلى إذنه بإرتكاب ما حظره فى كل موضع توجبه حالة الضرورة . وبناء عليه قال بعض الفقهاء أنه إذا وجد المضطر الميته وطعام الغير ، قدم أكل الميته على أكل طعام الغير ، لأن المنع من أكل الميته لحق الله تعالى ، والمنع من طعام الغير لحق الآدمى . يراجع المجموع للإمام النووى ٤٠/٩ - مطبعة التضامن الأخوى بمصر بدون تاريخ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم ٦١ .

(٣) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا ١١١/١ - الهيئة المصرية العامة للكتاب . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢١ ، وهامش رقم (٢) .

(٤) يراجع مضمون هذه القاعدة ، فى الأشباه والنظائر للسيوطى - ص٨٧ - الطبعة الأخيرة بمطبعة مصطفى الحلبى بالقاهرة عام ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩م . عن د.أسامة عبد السميع - السابق - ص٢١ ، وهامش رقم (٣) .

تحصيل المصالح جميعًا ، فعلنا ذلك ، فإن تعذر ذلك ، حصلنا الأصلح فالأصلح ، والأفضل فالأفضل ، فالواجب تحصيل أعلى المصلحتين، فإن تعذرت المفاضلة بهما ، فإنه يرخص فى الإختيار فى التقديم والتأخير بينهما [1] .

وبناء عليه ، إذا تعذر الجمع بين حفظ النفس ، وبين العضو ، والبضع ، والمال ، قدم دفع الضرر عن النفس ، على دفع الضرر عن العضو [2] . وقدم الدفع عن العضو ، على الدفع عن البضع . وقدم الدفع عن البضع ، على الدفع عن المال . وهكذا ، فإن مصلحة المحافظة على النفس ، أعظم من مصلحة المحافظةعلى العضو ، أو من المفسدة المترتبة على قطع العضو [3] .

٢- عند المفاضلة بين المفاسد المجتمعة فى العمل الواحد ، فالواجب درء الجمع، فإن تعذر ذلك ، درأنا الأفسد فالأفسد ، فالواجب دفع أعظم المفسدتين ، فإن تساوتا ، فيباح التوقف أو التأخير ، ومن ثم إذا وجد المضطر ميتًا أكل لحمه ، لأن المفسدة فى أكل لحمه ، أقل من المفسدة فى فوات حياة الإنسان ، ويعد هذا من باب « تحصيل أعلى المصلحتين ، أو دفع أعظم المفسدتين » [4] ، ومن ثم أيضًا ، فإن

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام – ٧٣/١ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢١ وهامش رقم (٤) .

(٢) ويعطى الإمام العز بن عبد السلام مثالاً آخر ، وهو : قطع الأيدى المتآكلة ، حفظاً للأرواح – المرجع السابق ١٤/١ ، ٩٢ ، ١٢٣ ، ١٣٢ ، ٨٧/٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (١) .

(٣) ولقد أورد العز بن عبد السلام هذه النتيجة تحت قسم من أقسام الإتلاف ، وهو الإتلاف للإصلاح ، وهو جائز ٨٧/٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٤) نفس المرجع السابق ٩٣/١ ، ٩٥ ، ولكن يستثنى من ذلك ما لو كان الميت نبيًا ، فإنه لا يحل أكله للمضطر لأن حرمة النبى أعظم من وجهة نظر الشرع ، من حرمة المضطر – يراجع الأشباه والنظائر للسيوطى – ص٨٤ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (٣) .

الأطباء يدفعون أعظم المرضين ، بإلتزام بقاء أدناهما ، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين ، ولا يبالون بفوات أدناهما ، ويقفون عند الحيرة فى التساوى والتفاوت . فإن الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية . ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك [1] .

٣- إذا إجتمعت المصالح والمفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ، ودرء المفسد جميعاً فعلنا ذلك ، وإن تعذر التحصيل والدرء معًا ، كانت المفسدة أعظم من المصلحة ، أو تساويا ، درأنا المفسدة ، وفوتنا المصلحة ، لأن « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » [2] .

أما إذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة التى تقابلها ، فتتقدم المصلحة . من ذلك مثلاً ، أن مصلحة إنقاذ الحى ، أولى بالرعاية من مفسدة إنتهاك حرمة الموتى ، وكشق جوف المرأة على الجنين المرجو حياته ، لأن حفظ حياته أعظم مصلحة من مفسدة حرمة أمه ، وإن إستوت المصالح والمفاسد ، فقد يتخير بينهما ، وقد يتوقف ، وقد يقع الإختلاف فى تفاوت المفاسد [3] .

٣٦٨ - الثانية : الضرورات تبيح المحظورات [4] :

١- فيجب أن تكون المصلحة التى تقتضيها أعظم من مفسدة المحظور ، فإذا كان قطع يد السارق فيه إفساد لها ، إلا أنه زاجر حافظ

---

(١) قواعد الأحكام ٦/١ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، ٢٣ ، وهامش رقم (١) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى – ص٨٧ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) قواعد الأحكام ٩٨/١ – ١٠٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (٣) .

(٤) الأشباه والنظائر – ص٨٤ . قواعد الأحكام ٥/٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٢ ، وهامش رقم (٤) .

لجميع الأموال ، فقدمت مصلحة حفظ الأموال ، على مفسدة قطع يد السارق (1) .

٢- كما يجب أن تقدر الضرورة بقدرها (2) ، فلا يتوسع فيها ، لأن الزيادة على قدر الضرورة غير مباح ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن إضطر غير باغ ولا عاد ، فلا إثم عليه ﴾ (3) . ومن ثم فإنه :

- إذا إجتمع للمضطر محرمان ، كل منهما لا يباح بدون الضرورة ، وجب تقديم أخفهما مفسدة ، وأقلهما ضرراً ، لأن الزيادة لا ضرورة إليها ، فلا يباح (4) .

- وإذا قال طبيب ثقة أمين ، بأن عضو كذا مثلاً ... صالح للمتبرع إليه ، وهو الذى سيتم نقله من المتبرع إلى المتبرع إليه ، فلا يجوز أن يتجاوز ذلك إلى عضو آخر بدلاً منه ، أو بأخذه بالإضافة إليه، وما ذلك إلا لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وحتى لا ندخل أيضاً فى «مافيا سرقة الأعضاء» .

٢٦٩ - الطائفة الثالثة : قواعد مزاولة العمل الطبى أو الجراحى:

سنذكر فى هذه الطائفة ، الأمور التى يمكن إعتبارها قواعد فقهية قانونية لسلوك الطبيب فى مزاولته لعمله . وتتعلق هذه القواعد ، من ناحية أولى ، بحق الطبيب أو الجراح فى ممارسة عمله ، ومن ناحية ثانية ، بكيفية مزاولته ، ومن ناحية ثالثة بمسئوليته عنه .

وفيما يلى ، نعرض لكل من هذه النقاط ، بشىء من التفصيل:

---

(١) المرجع السابق ١/١١٦ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٣ ، ٢٤ ، وهامش رقم (١) .

(٢) الأشباه والنظائر - ص٨٤ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٤ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٧٣ .

(٤) القواعد لابن رجب الحنبلى - ص٢٦٥ - القاعدة الثانية عشرة بعد المائة - دار الجيل - بيروت لبنان - الطبعة الثانية - عام ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٤ ، وهامش رقم (٤) .

٢٧٠ - (١) حق التطبيب والجراحة :

إذا أوجب الشارع عملاً ، تضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ، لذلك كان الأمر بالتداوى ، يتضمن الأمر بممارسة الطب ، فكما أن التداوى واجب ، فإن التطبيب واجب أيضًا . يقول صلى الله عليه وسلم ﴿ تداووا عباد الله ، فإن الله سبحانه ، لم يضع داء ، إلا وضع معه شفاء ، إلا الهرم ﴾ [١] .

٢٧١ - (٢) كيفية مزاولة الطبيب لعمله « أصول العلاج » :

تراعى القواعد الآتية ، فى إختيار الطبيب للعلاج :

٢٧٢ - • أهداف العلاج :

– حفظ الصحة الموجودة [٢] .

– رد الصحة المفقودة بقدر الإمكان .

– إزالة العلة ، أو تقليلها بقدر الإمكان .

– تحمل أدنى المفسدتين ، لإزالة أعظمهما .

– تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما . وهو ما سبق أن شرحناه .

٢٧٣ - • حدود العلاج :

– فيجب الا يستهدف الطبيب ، مجرد إزالة العلة ، دون النظر إلى عواقبها ، فالواجب إزالة العلة على وجه يؤمن حدوث علة أعظم وأصعب منها ، فإن لم يأمن ذلك ، أبقى على العلة الأصلية كما هى .

---

(١) اخرجه الإمام إبن ماجه فى سننه عن أسامة بن شريك ، وإسناده صحيح ، يراجع سنن إبن ماجه ١٠٣٧/٢ – حديث رقم ٣٤٣٦ من كتاب الطب – دار الريان للتراث بمصر . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٥ ، وهامش رقم (١).

(٢) نقصد « الدكتور أسامة عبد السميع » ما بقى من الصحة ، بعد حلول المرض أو العلة، أما قبل حلول المرض ، فالوقاية خير من العلاج .

ومن ثم يجب على الطبيب أن ينظر فى قوة الدواء ، ويوازن بينه ، وبين قوة إحتمال المريض [1] .

- فإذا كانت العلة لا يمكن علاجها ، إمتنع الطبيب عن العمل [2]. ولكن للطبيب الحاذق أن يعمل قدرته على التخيل ، للإستعانة على المرض بكل معين . وله أن يجرب الدواء بما لا يضر أثره ، ولكن ليس له أن يجربه بما يخالف عاقبته [3] .

- كما يجب أن يكون العلاج بالأسهل فالأسهل ، فلا ينتقل من الدواء البسيط المعتاد إلى الدواء المركب ، إلا إذا فات أثر الأول .

٢٧٤ - (٢) مسئولية الطبيب أو الجراح :

المعلوم شرعًا أن الجواز الشرعى ينافى الضمان ، فإذا فعل الطبيب ما يجوز له ، فلا يسأل عن الضرر الحادث ، ولو كان سبباً له، ومن ثم فإن عمل الطبيب ، وإن كان غير مقيد بشرط السلامة ، لأن الشفاء من عند الله ، إلا أنه لا يطلب منه إلا القيام بالمعتاد من العناية [4]. وإلا يسأل إلا عن تقصيره فيها .

---

(١) زاد المعاد لإبن القيم ٣/ ١١٠ - المطبعة المصرية ومكتابها بمصر - الفتاوى الهندية للشيخ نظام ، وجماعة من علماء الهند ، وبهامشه فتاوى قاضيخان ، والفتاوى البزازيه ٥/ ٣٦ - دار إحياء التراث العربى - بيروت لبنان . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) ويعلل إبن القيم ذلك فى كتابه : زاد المعاد ٣/ ١١٠ ، بأنه أدعى لحفظ صناعة الطب، وحرمتها . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٦ ، وهامش رقم (٢).

(٣) المرجع السابق - ٣/ ١١١ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٦ ، وهامش رقم (٣) .

(٤) حيث أنه يجب على الطبيب أن يراعى أصول مهنة الطب فى عمله ، فإذا جهل هذه الأصول فهو ضامن، وهذا تطبيق لحديث النبى ، صلى الله عليه وسلم : ﴿ من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن ﴾ أخرجه أبو داود فى كتابه الديات : باب من تطبب بغير علم فأعنت ٤/ ١٩٤ ، ٤٥٨٦ ، وإبن ماجه فى كتابه الطب : -

وهكذا ، فإن الصياغة المرنة للقواعد الكلية السابق بيانها ، تترك المجال أمام أصحاب النظرة السليمة ، ليتلمسوا في إطارها العام موضعاً ، عند الحكم على ما هو مستحدث من أعمال الطب والجراحة، على ضوء المصالح والمفاسد المترتبة عليها .

٢٧٥ - شروط عدم مسئولية الطبيب عن أخطائه :

من كل ما تقدم ، نلاحظ أن هناك عدة شروط ، لنفي المسئولية ، في حالة إرتكاب الطبيب لأخطاء أثناء مزاولته المادية لمهنة الطب ، وهذه الشروط هي :

١- أن يكون القائم بأعمال التطبيب طبيباً .

٢- إذن المريض للطبيب ، أو ما يقوم مقامه .

٣- حسن النية ، والإتجاه إلى قصد منفعة الطبيب .

٤- أن يقوم الطبيب بمزاولة عمله ، طبقاً للأصول العامة لفن الطب (١) .

٢٧٦ - ثانيا : حكم الإنتفاع بأجزاء الأدمي الحي في حالات الإضطرار :

إنقسم الرأي في مسألة الإنتفاع بأجزاء الآدمي الحي ، في حالة الضرورة ،سواء كان هذا الآدمي معصوم الدم ، أو مهدر الدم (٢) . إلى

= باب من تطبب ولم يعلم منه الطب ١١٤٨/٢ ، ٢٤٦٦ ، كلاهما بلفظه ، وهو حديث صحيح ، ينظر : الجامع الصغير - ص٣٠٣ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٢٦ ، ٢٧ ، وهامش رقم (١) .

(١) الدكتور عبود السراج - التشريع الجزائي المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري - الجزء الأول - المبادئ العامة - ص٢٥٢ - مطبعة رياض دمشق ١٩٨٠ - ١٩٨١ . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) مهدر الدم ، هو من إرتكب جرماً ، إستحق من أجله القتل ، كالحربي ضد المسلمين، والقاتل للنفس عمداً ، ولم يعف عنه ولي الدم ، والزاني المحصن =

ثلاثة آراء : الأول للحنفية والمالكية والظاهرية ، والثانى لفقهاء الحنابلة، والثالث لفقهاء الشافعية .

وفيما يلى ، نعرض تفصيلاً ، لكل من هذه الآراء :

٢٧٧ - (أ) رأى فقهاء الحنفية والمالكية والظاهرية :

ويرون أن الضرورة لا تبرر إنتفاع الإنسان بأجزاء أدمى غيره ، ولو كان ميتاً ، سواء كان هذا الآدمى معصوم الدم ، أو مهدرة ، بل ولا يجوز قطع جزء من نفسه ليأكله .

– فقد ورد فى الأشباه والنظائر ، لإبن نجيم الحنفى : « ولا يأكل المضطر طعام مضطر أخر ، ولا شيئًا من بدنه » (١) . وذلك بإطلاق ، حياً كان أو ميتاً ، معصوم الدم ، أو مهدرة .

– وفى الشرح الكبير بحاشية الدسوقى : « والمباح ... للضرورة... غير أدمى ، وغير خمر من الأشربة ، وأما الآدمى ، فلا يجوز تناوله ، سواء كان حيًا أو ميتًا ، ولو مات المضطر ، هذا هو المنصوص فى المذهب » (٢) .

– وفى المحلى ، لإبن حزم الظاهرى : « ولا يحل أكل العذرة (٣) ،

– المستحق لعقوبة الرجم ، والمرتد عن دين الإسلام ... وهكذا . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٨ ، وهامش رقم (١) .

(١) الأشباه والنظائر لإبن نجيم – ص٨٧ – طبعة مؤسسة الحلبى بمصر ، ويراجع أيضاً : الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٥/ ٣٥٤ ، شرح فتح القدير للكمال بن اليمام ٦/ ٤٢٥ – ٤٢٦ – المكتبة التجارية الكبرى بمصر . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ٢//١٠٣ – دار الفكر بيروت – بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ الصاوى ١/ ٦٨٣ – مكتبة عيسى الطبى بمصر . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٨ ، ٢٩ ، وهامش رقم (١) .

(٣) العذرة بوزن العسرة البكارة . عن مختار الصحاح ، للشيخ الإمام محمد بن ابى بكر بن عبد القادر – الرازى – ص٤٢٠ – طبعة دار المعارف – دار المعارف بمصر .

ولا الرجيع [1] ، ولا شئ من أبوال الخيول ، ولا القئ ، ولا لحوم الناس ولو ذبحوا، ولا أكل شئ يؤخذ من الإنسان، إلا اللبن وحده»[2].

وهذا يفيد فى تحريم تناول لحم الإنسان .

٢٧٨ - (ب) رأى فقهاء الحنابلة :

ويرى جواز الإنتفاع بدم المهدر . أما معصوم الدم ، فلا يجوز الإنتفاع به حياً أو ميتًا ، فقد ورد فى المغنى لإبن قدامه : « وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم ، لم يبح له قتله إجماعًا ، ولا إتلاف عضو منه ، مسلمًا كان ، أو كافراً ؛ لأنه مثله ، فلا يجوز أن يبقى نفسه بإتلافه . وهذا لا خلاف فيه ، وإن كان مباح الدم ، كالحربى والمرتد . فذكر القاضى [3] قتله ، وأكله ، لأن قتله مباح ؛ وهكذا قال أصحاب الشافعى؛ لأنه لا حرمة له ، فهو بمنزلة السباع ، وإن وجده ميتاً أبيح أكله ؛ لأن أكله مباح بعد قتله ، فكذلك بعد موته ، وإن وجد معصوماً ، لم يبح أكله » [4] .

ويتجسد هذا الحكم ، عند بعض أصحاب هذين الرأيين ، فى كرامة بنى آدم ، التى تتعلق بإنسانيته ، بصرف النظر عن صفته ، وخشية الهلاك ، أو للتلف الذى يصيب الحى منه ، أو أن هذا السبب تعبدى ، لا تدرك علته ، أو لأن الضرر ، لا يزال بالضرر [5] .

---

(١) الرجيع الروث ونو البطن ، عن مختار الصحاح ، للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى – ص٢٣٤ ، ٢٣٥ – طبعة دار المعارف – دار المعارف بمصر.

(٢) المحلى لإبن حزم الظاهرى ٦٦/٦ – مسألة رقم ٩٩٤ – مكتبة دار الفكر – بيروت. عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) هكذا فى الأصل . ولكن العبارة تستقيم ، إذا أضفنا « أن له » . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٩ ، وهامش رقم (٣) .

(٤) المغنى لإبن قدامه ٦١٢/٨ – دار الكتاب العربى – بيروت . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٩ ، وهامش رقم (٤) .

(٥) الفتاوى الهندية ٣٥٤/٥ – شرح فتح القدير ٤٢٥/٦ – ٤٢٦ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٣٠ ، وهامش رقم (١) .

٢٧٩ - (جـ) رأى فقهاء الشافعية :

قرر فقهاء الشافعية ، أنه يجوز للمضطر أن ينتفع بجسم إنسان، حياً كان أو ميتاً مهدر الدم ، لأى سبب كالغذاء مثلاً ، وكذلك جثته .

فقد ورد فى مغنى المحتاج : « وله قتل مرتد وأكله ، وقتل حربى بالغ وأكله ، لأنهما غير معصومين ، وله قتل الزانى المحصن والمحارب، وتارك الصلاة ، ومن عليه قصاص ، وإن لم يأذن الإمام فى القتل ؛ لأن قتلهم مستحق ، وإنما إعتبر إذنه فى غير حال الضرورة تأدباً معه ... » [١] .

أما بالنسبة لمعصوم الدم ، فإن كان ميتاً ، فيجيزون للمضطر أن ينتفع بجثته كغذاء ، لأن حرمة الحى ، أكد من حرمة الميت .

أما إذا كان حيًا ، فلا يجوز ذلك ، بل ولا يجوز لمعصوم الدم نفسه، أن يقطع جزءاً من نفسه ، ليقدمه للمضطر ؛ لأن الضرر لا يزال بمثله ، أما إذا كان جزءاً من نفسه لنفسه ، إن لم يجد غيره ، فقد أجازوا ذلك ؛ لأنه إحياء للنفس بإتلاف عضو ، فجاز ، وهذا من باب إستبقاء الكل بزوال الجزء [٢] . كما إذا إحتاج مريض القلب إلى نقل بعض الشرايين ، من مكان لآخر من جسمه ، ترقيعاً لما تلف فى القلب [٣] .

نخلص من ذلك ، إلى أنه يجوز أن يتبرع شخص بجزء من جسده ، لا يترتب على اقتطاعه ضرر به ، متى كان ذلك مفيداً فى

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد الشربينى ٣٠٧/٤ – دار إحياء التراث العربى – بيروت – عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٣٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) المجموع للإمام النووى ٤٤/٩ – ٤٥ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٣٠ ، ٣١ ، وهامش رقم (١) .

(٣) د. عبد السميع – السابق – ص٣٠ ، ٣١ .

غالب ظن الطبيب ، لأن للمتبرع ولاية على ذاته ، فى نطاق الآيتين ﴿ولا تلقوا بأنفسكم إلى التهلكة﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا انفسكم إن الله كان بكم رحيمًا ﴾ . على أنه لا يباح أى جزء ، بل الجزء الذى لا يؤدى قطعة من المتبرع إلى عجزه ، أو تشويهه .

وقد أصدر الشيخ «جاد الحق» مؤلفًا تعرض فيه لمدى سلطة الإنسان على جسده ، فى نطاق الآيتين السابقتين ، كما تعرض لبعض الأمور التى قاس عليها جواز التبرع بالأعضاء الآدمية مثل : الجهاد بالنفس ، وما أوجبه الإسلام فى شأن إنقاذ الغرقى والجرحى والحرقى ، مع ما يترتب على ذلك من هلاك المجاهد أو المنقذ ، فقد جوز الشيخ «جاد الحق» نقل العضو من حى ، إلى مضطر إليه ، بشرط الا يكون الجزء المنقول ، على سبيل البيع ، أو بمقابل ، لأن بيع الإنسان الحر باطل(١).

وسوف نورد أجزاء من نص هذه الفتوى ، قبل أن ننتهى من هذا المطلب . وننتقل الآن إلى بحث شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء .

٢٨٠ - ثالثا : شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء فى الشريعة الإسلامية :

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لجواز نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ثماني شروط وهى : توافر حالة الضرورة ، وأن يكون النقل والزرع هو العلاج الوحيد ، وإذن ورضاء المريض ، وإذن ورضاء المعطى ، وأن يكون النقل تبرعًا . وأن يقبل جسم المتبرع إليه

---

(١) الشيخ جاد الحق على جاد الحق – قضايا معاصرة – الفقه الإسلامى ، مرونته وتطوره – ص٢٣٨ . عن د. محمود محمد عبد العزيز الزينى – مؤسسة الثقافة الجامعية – ص٦٨ ، وهامش رقم (٥) .

العضو المنقول إليه ، وألا يترتب على النقل ضرر فاحش للمتبرع، وأخيراً الا يترتب على ذلك مخالفة للنظام أو الآداب العامة .

وفيما يلى ، نتناول كل من هذه الشروط ، بشئ من التفصيل :

٢٨١ - (أ) توافر حالة الضرورة التى تستدعى النقل والزرع :

إن من يمعن النظر فى الشريعة الإسلامية ، يجد أنها قد أذنت بنقل جزء من جسم المعطى إلى جسم المريض المتلقى ، إذا كانت المصلحة المترتبة على ذلك ، أعظم من المحافظة على حق الله تعالى فى جسم المعطى ، طالما كان هذا الإنتفاع ، قد جاء نتيجة ضرورة شرعية، لأن :

١- الشرع الحنيف رأى أن إنقاذ نفس واحدة . يعد بمنزلة إحياء الناس جميعًا ، قال تعالى : ﴿ ومن أحياها ، فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾(١) .

فقد دلت هذه الآية فى عجزها ، أن من يحيى نفسًا واحدة ، أياً كان نوع هذا الإحياء ، فهو بمثابة إحياء للناس جميعًا . ومن ثم فإنه إذا كان إعطاء الإنسان عضواً من أعضائه لإنسان أخر مريض ، يترتب عليه إنقاذه من الهلاك ، دون أن يترتب على ذلك هلاك للمعطى ، فإنه يعد بذلك إحياء للناس جميعاً .

٢- وقد ذكر الإمام «القرطبى» فى تفسيره : « إن المسلم إذا تعين عليه رد رمق مهجة المسلم ، وتوجه الفرض فى ذلك بألا يكون هناك غيره ، قضى عليه بترميق - سد رمق - تلك المهجة الآدمية ، وكان الممنوع منه ما له من ذلك محاربة من منعه ، ومقاتلته وإن أتى ذلك على نفسه ، وذلك عند أهل العلم ، إذا لم يكن هناك إلا واحداً لا غير ، فحينئذ يتعين الفرض ... فإن كانوا كثيراً أو جماعة وعدداً ، كان ذلك

---

(١) سورة المائدة من الآية ٣٢ .

عليهم فرضاً على الكفاية ، والماء فى ذلك وغيره مما يرد نفس المسلم، ويمسكها سواء ، إلا انهم إختلفوا فى وجوب قيمة ذلك الشئ الذى ردت به مهجته ، ورمق به نفسه ، فأوجبها موجبون ، وأبانها آخرون ، وفى مذهبنا القولان جميعاً .

ولا خلاف بين أهل العلم ، متأخريهم ومتقدميهم ، فى وجوب رد مهجة المسلم ، عند خوف الذهاب والتلف بالشئ اليسير الذى لا مضرة منه على صاحبه وفيه البلغة » [1] . ومن ثم يجوز شرعًا الإنتفاع بأجزاء الآدمى حياً أو ميتاً ، لعلاج آدمى آخر ، إذا كان الإنتفاع نتيجة ضرورة شرعية ، بل يعد ذلك عملاً مميزاً للتضامن الإنسانى ، ومعبراً عن معانى المودة والرحمة ، ومتفقاً مع الكرامة الإنسانية ، وجديراً فى النهاية بإجازة الشرع . قال تعالى : ﴿ تعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [2] .

٢٨٢ - (ب) أن يكون النقل والزرع هو العلاج الوحيد :

حيث أنه من المفترض فى الطبيب أن يبدأ بالأسهل فالأسهل ، فلا ينتقل من الدواء البسيط المعتاد ، إلى الدواء المركب ، إلا إذا فات أثر الأول ، فإذا أصبح نقل العضو من إنسان ، وزرعه فى إنسان آخر ، هو العلاج الوحيد بعد فشل الدواء العادى ، فحينئذ يجوز [3] .

٢٨٣ - (جـ) إذن ورضاء المريض :

ومن الشروط كذلك ، أن يكون تدخل الطبيب ، بناء على إذن المريض ، أو وليه ، إن كان قاصراً ، أو من فى حكمه ، وبالتالى لا

---

(١) يراجع : الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبى ٢/٢٦٦ ، ٢٢٥ - دار المعرفة ، بيروت ، لبنان . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٣٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) سورة المائدة من الآية ٢ .

(٣) د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٣٧ .

يجوز إرغام الشخص على معالجة نفسه ، إلا إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما هو الحال فى الأمراض المعدية .

كما يستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض ، أو وليه ، الحالات العاجلة ، بإعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات [1] . أو أن هذا الإستثناء يقتضيه العرف أو المصلحة [2] . ولذلك يجب أن يصدر الإذن ممن هو أهل له ، بأن يكون بالغاً عاقلاً ، وأن يعطى الإذن ، وهو على بينه من أمره .

فإذا تدخل الطبيب ، أو الجراح بدون إذن المريض ، وبدون ضرورة توجب هذا الإستثناء ، حق عليه المسئولية ، لخروج عمله من دائرة الإباحة ، إلى دائرة التعدى .

٢٨٤ - (د) إذن ورضاء المعطى :

يشترط لإباحة إستقطاع العضو من المعطى ، أن يأذن بذلك ، وأن يكون راضياً به ، كما يجب أن يكون هذا الرضاء صادراً من إرادة حرة. وممن هو أهل له ، بأن يكون بالغًا عاقلاً ، وأن يصدر من المعطى ، وهو على بينة من أمره [3] ، وبالتالى لا يحق للأولياء الرضاء بالإستقطاع من جسم القاصر ، أو من فى حكمه ممن هو تحت ولايتهم ؛ لأنه يجب على الولى على النفس أن يحافظ على جسم

---

(١) أ. أحمد إبراهيم : مسئولية الأطباء فى الشريعة الإسلامية والقانون المقارن – مجلة الأزهر – المجلد ٤٧/٢ – ٤٨ عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٣٧، وهامش رقم (١) .

(٢) بل وللمعطى أيضاً بعد أن أذن فى الإستقطاع أن يرجع فى رضائه ، ولا مسئولية عليه فى ذلك ، مثله فى ذلك مثل الواهب الذى يستطيع الرجوع فى هبته . يراجع الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٢٩٦/٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٣٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة – الولاية على النفس – ص٢٢ – ٢٤ – دار الفكر العربى – عام ١٩٦٦م . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٢٣٨ وهامش رقم (٣).

الصغير ، ونفسه ، وإبعاده عن كل ما يتلف جسمه ونفسه . اللهم إذا تعلق الأمر بإستقطاعه من أحدهم ، لزرعه فى جسم أحد اشقائه أو شقيقاته ، ورؤى أن رابطة القرابة القوية هذه ، تبرر الخروج على قاعدة إبطال التبرع بأموال الصغير ، بقدر ما يستهدف بالتصرف إنقاذ الحياة ، ومادام أنه لا يؤدى إلى إلقاء الصغير إلى التهلكة ، كما أنه يشترط لإباحة الإستقطاع من جسم المعطى أن يقصد به رعاية المصلحة الصحية للمريض المتلقى ، وأن يكون ضرورياً لذلك .

٢٨٥ - (هـ) أن يكون هذا النقل تبرعًا لا بيعًا واتجارًا :

إذا كانت الضرورة ، والغاية من النقل والزرع ، هى رعاية المصلحة العلاجية للمريض ، عن طريق إستقطاع العضو وزرعه ، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر الضرورة التى أوجبته دون زيادة ، وبحيث لا يخرج هذا العمل ، عن إطار الكرامة الإنسانية .

ومما يتعارض مع هذه الكرامة ، أن يعلق المعطى رضاه للإستقطاع من جسمه ، أو جثته ، على قبض الثمن .

إن الشريعة الإسلامية حين تسمح بإقامة تفاضل بين المصالح المتنازعة فى ممارسة الطب والجراحة ، لا يمكن أن ترتضى إقحام الأغراض المالية فى حل مثل هذا التنازع ، الذى يجب أن يقوم على غايات نبيلة [(١)] ، بعيدة عن مجال الربح ، الأمر الذى يتعين معه علينا ، أن نوضح هذه المسألة بالتفصيل :

٢٨٦ - (١) حكم بيع الأعضاء البشرية والجباية عليها :

ولذلك ، فإن العمل الضرورى الذى يجرى مفعوله فى مجال الأنفس ، أخذاً وعطاء ، لا يصح شرعًا إلا بطريق التبرع ، وذلك

---

(١) المجموع للإمام النووى ٤٢/٩ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٤٢ ، وهامش رقم (١) .

للإجماع على أن أجزاء الإنسان لا يمكن بيعها أو شراؤها ، ومن ثم ، فإنه لا يجوز بأى حال من الأحوال بيع الأعضاء البشرية ، أو المتاجرة بها ، والجباية عليها ، فإذا وقع أى شئ من ذلك فإنه باطل بالإجماع ، يقول الإمام النووى « بيع الحر باطل بالإجماع » .

٢٨٧ - (٢) أدلة حرمة بيع الآدمى أو أحد أعضائه :

وقد دل الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول ، على حرمة بيع الآدمى ، أو أحد أعضائه .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ ولقد كرمنا بنى أدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴾ (١) .

فقد دلت هذه الآية على كرامة الإنسان . ومعلوم أن البيع والتملك يتنافى مع هذا التكريم ، سواء كان هذا البيع للجسد بأكمله، أو لعضو من أعضائه .

ومن السنة ، فقد ورد فى الحديث القدسى ، أن الله تعالى يخاصم من يخضع الإنسان لما يخضع له الحيوان ، من بيعه والتصرف فيه . فقد روى أبو هريرة ، رضى الله عنه ، عن النبى ، صلى الله عليه وسلم ، قال : قال الله تعالى : ﴿ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل إستأجر أجيراً فإستوفى منه ، ولم يعطه أجره ﴾ (٢) .

فقد دل هذا الحديث على أن بيع الآدمى حرام حرمة شديدة ، لأن

---

(١) سورة الإسراء الآية ٧٠ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٤٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) صحيح البخارى بشرح فتح البارى لإبن حجر العسقلانى (٤/٤١٧) - المكتبة السلفيه - القاهرة . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٤٢ ، وهامش رقم (١) .

المسلمين أكفاء في الحرية ، فمن باع حراً فقد منعه من التصرف فيما أباح الله له ، وألزمه الذل الذى أنقذه الله منه ، حتى قال إبن الجوزى : « الحر عبد الله ، فمن جنى عليه فخصمه سيده » (١) .

وأما الإجماع ، فقد حكاه الإمام النووى بقوله : « وأما بيع الحر فباطل بالإجماع » (٢) .

وأما المعقول ، فهو من عدة وجوه :

١- أن جسد الإنسان ، ليس ملكاً له على الحقيقة ، وإنما المالك الحقيقي له هو الله ، والإنسان ما هو إلا أمين على هذا الجسد ، وهو مأمور بأن يتصرف فى هذه الأمانة بما يصلحها ، لا بما يفسدها ، فإذا تجاوز الإنسان ، وتصرف فى جسده بما يتعارض مع إصلاحه ، كان خائناً للأمانة التيإئتمنه الله عليها (٣) .

٢- ولأن فى بيع أعضاء الإنسان ، يستلزم التصرف فى ملك لله تعالى ، دون إذن منه ، ولا مصلحة راجحة ، ومن ثم فهو بيع لما لا يملكه الإنسان .

٣- كما أن القول بجواز بيع أعضاء الإنسان ، فيه فتح وسيلة إلى مفاسد عظيمة ، ومخاطر جسيمة ، من قيام الفقراء ببيع أعضائهم ، وإنشاء سوق لتجارة وبيع الأعضاء البشرية . بل قد يؤدى القول

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى لإبن حجر ٤١٨/٤ . عن د. أسامة عبد السميع – ص٤٣ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) المجموع للإمام النووى ٤٢/٩ ، ويراجع أيضاً : مغنى المحتاج ٤٠/٢ ، حاشية رد المختار لإبن عابدين ٥٨/٥ – مكتبة مصطفى الحلبى بمصر . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٤٣ ، وهامش (٣) .

(٣) د. محمد سيد طنطاوى – حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به – بحث منشور بندوة الرؤية الإسلامية ، لبعض الممارسات الطبية – ص٣٠٩ ، والمنعقدة بدولة الكويت عام ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٤٤ ، وهامش رقم (١) .

بجواز البيع إلى إختطاف الإبرياء ، إن لم يفلح البيع بالتراضى [1] .

٢٨٨ - (و) قبول جسم المتبرع إليه لهذا العضو المقبول :

من المعلوم أن مثل هذا النوع من العمليات ، هو من أخطر العمليات ، ومن ثم فإن من شروط نقل العضو من المتبرع أن يقبله جسم المتبرع إليه ، وإلا أدى ذلك إلى ضرر المتبرع ، والذى يجزم بذلك هو طبيب ثقة ، ماهر فى صناعته وحرفته ، حيث يشترط - وكما قرر الفقهاء - فيمن يشخصون المرض ، ويصفون الدواء ، ويقومون بالجراحة ، أن يكونوا من ذوى الحذق فى صناعتهم ، ولهم بها بصارة ومعرفة [2] .

وهذا يعنى أن يغلب على ظن الطبيب ، بصفة عامة ، نجاح العملية الجراحية التى يقوم بها ، وإلا توقف .

٢٨٩ - (ز) ألا يترتب على هذا النقل ضرر فاحش للمتبرع :

كما يجب ألا يترتب على الإستقطاع ، أى النقل ، ضرر فاحش بالمعطى . ومن ثم فإنه لا خلاف فى حرمة المتبرع بالأعضاء التى يترتب على إستقطاعها موت المعطى ، أو تعطيل وظيفة أساسية فى حياته ، كنقل الرئتين معًا ، أو الأعضاء المنفردة فى الجسم ، كالقلب مثلاً ، أو الكبد ، ولو برضاه ، لأنه لا يملك التصرف فى حياته بدون إذن الشرع ، والشرع قد أقام مبدأ التساوى بين بنى آدم معصومى الدم ، ولا يسمح أن يقتل أحدهم لإحياء الآخر [3] اللهم إلا إذا كان من

---

(١) د. محمد على البار - المرجع السابق - ص١٨٤ - عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٤٤ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) المغنى لإبن قدامة ٦/ ١٢٠ ، عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٦٦ ، وهامش رقم (١) .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ٧/ ١٧٧ - دار الكتاب العربى - بيروت عام ١٩٨٢م . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٦٧ ، وهامش رقم (٢) .

يؤخذ منه القلب مهدر الدم – ورضى بذلك – حيث لا حرمة لحياته ، لأنها مستحقة الإزالة أصلاً [1] ، أما إذا كان ضرر يسير ، كما هو الأمر فى حالة نقل بعض الأعضاء المزدوجة ككلية من الكليتين ، أو رئة من الرئتين ، فهو مغفور عنه .

٢٩٠ - (ح) ألا يترتب على النقل أو الزرع مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة :

فإذا ترتب على هذا الإستقطاع والزرع ، مخالفة للنظام العام ، أو الآداب العامة ، فحينئذ لا يجوز . فمثلاً لا يكون جائزاً الإتفاق الذى يعقد بين شاب وكهل ، على أن يتنازل الأول للثانى عن غدة تناسلية ، لمخالفته للآداب والأخلاق العامة ، إذ لا فرق بين هذا النقل ، وبين الزنا، وما يترتب عليه من إختلاط الأنساب ، أما إذا لم يكن خلط للأنساب ، فحينئذ يجوز .

٢٩١ - فتوى دار الإفتاء المصرية فى خصوص نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء :

أصدرت دار الإفتاء المصرية ، فتوى مطولة ، تعرضت فيها لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، وأيضاً للنقل من جثة المتوفى إلى إنسان حى .

وفيما يلى ، نورد الجزء من الفتوى ، الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء : « ... أما عن الإنسان الحى ، وإقتطاع جزء منه ، فقد تقدمت الإشارة إلى أن فقه كل من الشافعية والزيدية يجيز أن يقتطع الإنسان الحى جزء نفسه ، ليأكله عند الضرورة ، بشرط ألا يجد مباحاً ، ولا محرماً آخر يأكله ، ويدفع به مخمصته ،

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٩٥ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٦٧ ، وهامش رقم (٣) .

وأن يكون الضـرر الناشئ عن قطع جزئه ، أقل من الضـرر الناشئ عن تركه الأكل .

ومتى كان الحكم هكذا ، فإنه يجـوز تخريجًا عليه ، القـول بجواز تبرع إنسـان حى بجـزء من جسده ، لا يترتب على إقـتطاعه ضـرر به ، متى كان مفيداً لمن ينتقل إليه ، فى غالب ظن الطبيب ، لأن للمتبرع – كمـا تقدم – نوع من الولاية عـلى ذاته ، فى نطاق الآيتين الكريمتين ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾ (١) . و﴿ لا تلقوا بأيديكـم إلى التهلكة ﴾ (٢) . ولا يباح أى جزء ، بل الجزء ، أو العضـو الذى لا يؤدى قطعه من المتبرع ، إلى عـجزه ، أو إلى تشـويهه . وبهـذا المعيـار يكون حكم نقل الدم ، من إنسان لآخر (٣) .

٢٩٢ - رابعًا : القائلون بعـدم جواز نقل وزرع الأعـضـاء البشـرية بين الأحياء :

وفى بيان رأى القـائلين بعدم جـواز نقل وزرع الأعضـاء البـشرية ، نعـرض أولاً لبـيان آرائـهم وأدلتـهم ، ثم من بعـد للرد على هـذه الآراء ، وتلك الأدلة ، وذلك على التفصيل التالى :

٢٩٣ - (أ) آراء وأدلة القـائلين بعـدم جـواز نقل وزرع الأعـضـاء البشرية بين الأحياء :

يستند القائلون بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشـرية ، إلى أدلة من كـتاب اللّه ، وسـنة رسـوله ، وأدلة أخـرى ، نذكـر مـن بينها ، مـا يلى :

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٢) من الآية ١٩٥ من سورة البقرة .

(٣) الفتاوى الإسـلامية ، من دار الإفتاء المصرية – المجلدات الثامن والتاسـع والعاشر – ص٣٧١٢ .

٢٩٤ - (١) ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة :

من الأدلة التى يستند إليها القائلون بعدم الجواز ، ما جاء فى قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين ﴾ [١] .

فقد دلت هذه الآية ، على نهى الحق تبارك وتعالى أن نلقى بأنفسنا فى مواطن التهلكة ، وإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده، هو فى الواقع سعى لإهلاك نفسه ، فى سبيل إحياء غيره ، وليس ذلك مطلوباً منه ؛ لأنه بالقطع للعضو ، لابد أن يفقد هذا العضو منفعته ، والإنسان أولى من غيره بمنفعته .

٢٩٥ - (٢) ولا تقتلوا أنفسكم :

كما يستندون إلى قوله عز وجل : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ [٢] .

ووجه الإستدلال بهذه الآية ، أن الله قد نهى الإنسان عن قتل نفسه ، أو قتل غيره ، سواء كان بسبب مباشر ، أو غير مباشر .

فالنهى هنا عام ، لتناوله جميع الأسباب . ومن هذه الأسباب المنهى عنها ، أن يبرم شخص إتفاقاً مع آخر ، ليتبرع الشخص بجزء من جسده للآخر ، فهذا حرام ، لا يجوز الإتفاق عليه ، ولا فعله [٣] .

٢٩٦ - (٣) لا ضرر ولا ضرار :

ويستندون كذلك ، إلى ما رواه إبن عباس ، رضى الله عنه ، قال :

---

(١) وقد رأينا فيما سبق أن القائلين بالجواز ، يستندون إلى نفس هذه الاية للتدليل على جواز النقل والزرع .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٩ .

(٣) سبيل السلام للأمير الصنعانى ٣/ ٨٤ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٨٧ ، وهامش رقم (١) .

قال رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ (١) . وهذا الحديث هو أصل القاعدة : « الضرر يزال » (٢) . ويتعلق بهذه القاعدة قواعد أخرى منها : « الضرر لا يزال بالضرر » (٣) .

وقد فسر بعض العلماء هذا الحديث ، بأن معناه : أنه لا يضر الرجل أخاه إبتداء ، ولا جزاء ، ولا يحل لإنسان أن يرد الضرر بضرر مثله . ومما لا جدال فيه ، أن قطع العضو من شخص للتبرع به لآخر، فيه إضرار بالشخص المقطوع منه .

وشرط إصلاح الأضرار ، الا يكون بأضرار أخرى ، على ما جاء بنص الحديث .

٢٩٧ - (٤) كسر عظم الميت ككسره حياً :

ايضاً ، فقد إستند القائلون بعدم الجواز ، إلى ما روته عمره بنت عبد الرحمن عن عائشة ، رضى الله عنهما ، أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، قال : ﴿ كسر عظم الميت ككسره حياً ﴾ (٤) .

---

(١) اخرجه إبن ماجه فى سننته - ج٢ - ص٧٨٤ - حديث رقم ٢٣٤١ ، وهو حديث مرسل ، ونفس الرواية لعباده بن الصامت ، ولكن بلفظ : قضى رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أن « لا ضرر ولا ضرار » - نفس المرجع والمكان السابقين - حديث رقم ٢٢٤٠ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٨٧ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) الأشباه والنظائر للإمام السيوطى - ص٨٦ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٨٧ ، وهامش رقم (٣) .

(٣) من ادلة د. عبد الرحيم السكرى ، فى كتابه سالف الذكر - ص١١٦ ، من ادلة د.حسن الشاذلى فى كتابه حكم نقل أعضاء الإنسان فى الفقه الإسلامى - ص١٦٦. عن د. اسامة عبد السميع - السابق - ص٨٧ ، وهامش رقم (٤) .

(٤) اخرجه أبو داود فى كتاب الجنائز : باب فى الحفار بجد العظم ، هل ينتكب ذلك المكان ٣/٢٠٩ (٣٢٠٧) . وإبن ماجه فى كتاب الجنائز : باب النهى عن كسر عظام الميت ١/٥١٦ - ١٦١٦ ، ومالك فى كتاب الجنائز : باب ما جاء فى الإختفاء ١/٢٨ (٤٥) ، وهو حديث صحيح . عن د. اسامة عبد السميع - السابق - ص٨٨ ، وهامش رقم (١) .

فقد دل هذا الحديث ، على أن الإنسان له حرمة ، سواء كان حياً أو ميتاً ، لا يجوز إنتهاكها . فإذا كان الميت أقل حرمة من الحى ، لأن حرمة الحى مؤكدة عن حرمة الميت ، فإنه مما لا شك فيه ، أن سماح الشخص لنفسه ، بأن يقطع الطبيب جزء منه لغيره ، يعتبر إعتداء من كل منهما على هذه الحرمة ، وإنتهاكًا لكرامتها الثابتة بقطعيات الشريعة (١) .

٢٩٨ - (٥) أن الإنسان ليس مالكًا لجسمه :

وأخيراً ، فيستند القائلون بعدم جواز النقل والزرع ، إلى أن من أركان التبرع ، أن يكون الإنسان مالكًا للشئ المتبرع به ، أو مفوضاً فى ذلك من المالك ؛ لأن ذلك التبرع ، أو البيع فرع الملكية ، ولا ملكية لأحد، لا لبعضه ، ولا لكله ، ؛ لأن الإنسان ليس مالكاً لجسمه ؛ لأن ملك الرقبة للّه وحده ، ولأن المالك لكل ما فى الكون - ومنه الإنسان - هو اللّه تعالى، فليس للإنسان ولاية على هذا الجسم ، إلا فى حدود ما رسمه الشرع ، وما أباحه وأجازه له ، أو عليه ، كما أن هذا الإنسان، ليس مفوضاً بالتبرع ، لأن التفويض يستدعى إذناً له ، ولا إذن (٢) .

---

(١) من أدلة د. عبد الرحيم السكرى ، فى كتابه سالف الذكر - ص١١٥ ، من أدلة د.عبد الرحمن العدوى ، فى مجلة منبر الإسلام سالفة الذكر - ص٣٤ . عن د.أسامة عبد السميع - السابق - ص٨٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) من أدلة فضيلة الشيخ الشعراوى فى كتابه من الألف إلى الياء ص٨٢ - ٨٣ ، بل ذهب فضيلته إلى أبعد من ذلك ، فقاس وقارن - مع فارق القياس والمقارنة - بأن الإنسان لو كان يملك ذاته ، أو أعضائه ، لما عاقب اللّه المنتحر بالخلود فى النار ، وبأن من يمرض يترك لمصيره ؛ لأن لقاءه بربه ، ليس شيئاً يجوز تعطيله ، ولذلك، فقد تعرض فضيلته للتعقيب والرد ، من أكثر من شيخ أو كاتب - مع تقديرنا وتقريرنا لمكانته العلمية - فرد عليه فضيلة الشيخ عبد اللّه المشد ، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر ، بأن الإنسان يملك أجزاءه ، وله أن يتصرف فيها ، وذلك فى جريدة الأخبار ، بتاريخ ٨٩/٢/١٧ ، وتعرض أيضًا لتعقيب من بعض الكتاب، تحت عنوان « وجهة نظر » . لا يا شيخنا الكبير ، من الأستاذ عباس مبروك ، بجريدة الأهرام ، وتحت عنوان كلمات من الأستاذ محمود عبد المنعم ، بجريدة =

والخلاصة ، فى رأى هؤلاء الفقهاء ، أن من أصيب بداء ، فقد بسببه عضواً من أعضائه ، أو جزءاً من أجزاء بدنه ، ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو ، أو جزء من شخص آخر ، وأن هذا النوع من التداوى غير جائز ، وملعون فاعله .

والعلة فى ذلك ، أنه تغيير لخلق الله ، وفيه مثله ، وهى محرمة بالإتفاق ، وتصرف للإنسان فيما لا يملك ، فضلاً عن منافاته كرامة الآدمى (١) .

= الأخبار . وتحت عنوان « ميكروفون » ، للأستاذ محمد صالح ، بجريدة الأهرام ، فى ١٩٨٩/٢/١٧م . راجع ذلك كله فى كتاب : من الألف إلى الياء للأستاذ طارق حبيب ص١٢٩ - ١٣٧ وهذا الدليل أيضاً - دليل رقم ٥ - من أدلة د. عبد الرحيم السكرى ، فى كتابه سالف الذكر ص١٠٧ ، ومن أدلة د. حسن الشاذلى فى كتابه سالف الذكر - ص١١١ ، وعن أدلة د. عبد الرحمن العدوى ، فى مجلة منبر الإسلام السابق الإشارة إليها - ص٣٢ . عن د. أسامة عبد السميع - ص٨٩ ، وهامش رقم (١) .

(١) انظر فى هذه الحجج كلها : د. مصطفى محمد الذهبى ، نقل الأعضاء بين الطب والدين - دار الحديث ، القاهرة . الطبعة الأولى ١٩٩٣ ، د. محمد نور الدين مربو بنجر المكى ، آراء العلماء حول قضية نقل الأعضاء ، دار الحقيقة للإعلام الدولى ، الطبعة الأولى ١٩٩٥ . ود. صفوت لطفى حسن ، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية . والعلامة أبى الفضل عبد الله بن محمد بن الصديق الغمارى الحسنى ، تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام ، دار مصر للطباعة . حسن بن على السقاف ، الإمتاع والإستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء ، جمعية المطابع ، الطبعة الأولى ١٩٨٩ . د. عبد الفتاح محمود إدريس ، حكم التداوى بالمحرمات ، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ، جامعة الأزهر . محمد زين العابدين طاهر ، نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأزهرية فرع أسيوط كلية الشريعة عام ١٩٨٦ ، وعبد الرحمن النجار ، نقل الكلى وموقف الإسلام منها ، المجلة الجنائية القومية القاهرة ١٩٧٨ . العدد الأول . الشيخ إبراهيم العقوبى ، شفاء التباريح والأدواء فى حكم التشريح ونقل الأعضاء ، الطبعة الأولى ، مكتبة الغزالى دمشق ١٩٨٦ . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٩٧ ، وهامش رقم (١) .

٢٩٩ - (ب) الرد على أدلة القائلين بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية :

كانت أدلة الفقهاء القائلين بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية، لمن يحتاج إليها من الأحياء ، مثار إعتراض البعض من الفقه، والذى حاول ، من جانبه ، الرد على رأى هؤلاء ، وأدلتهم ، بما يتفق والأدلة الشرعية ، من جهة ، وما يسوغ فى العقل ، من جهة أخرى .

وفيما يلى ، نعرض لهذا الرد ، بشئ من التفصيل :

٣٠٠ - (١) الرد على الدليلين الأول والثانى :

يقول الدكتور «أسامة عبد السميع» ، فى رده على ما ورد بالدليلين الأول والثانى ، أنه يتمسك بذات الأيتين ، اللتين ذكرهما الرأى المخالف : لأن للإنسان المتبرع ولاية على ذاته ، وأنه صاحب إرادة، فيما يتعلق بشخصه ، ولكن هذه الإرادة مقيدة بالنطاق المستفاد من قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [١] .

وهاتان هما الأيتين – والحديث للدكتور أسامة – اللتان إستدل بهما الفريق المخالف ، كما أن ولايته على نفسه أيضًا مقيدة بقول صلى الله عليه وسلم : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ [٢] . وهو نفس الدليل الثالث للفريق المخالف أيضاً [٣] .

(١) سورة البقرة من الآية ١٩٥ .

(٢) الحديث سبق تخريجه .

(٣) أنظر فتوى شيخ الأزهر ، فى كتابه أحكام الشريعة الإسلامية فى مسائل طبية ، بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٥م – ص١٤٥ ، ومقاله المنشور فى جريدة اللواء الإسلامى – العدد ٢١٧ ، بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٠ ، فتوى د. أحمد عمر هاشم ، والمنشورة فى جريدة اللواء الإسلامى ، فى العدد ٢٦٥ ، بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٩ ، وفتوى مفتى الجمهورية ، بتاريخ ١٩٨٧/٢/٥ ، فى كتابه فتاوى شرعية ، الصادر عن أخبار اليوم – العدد ٣٠١ – فبراير ١٩٨٩ – ص٤٥ – ٤٦ ، وفتوى الشيخ المشد ، =

يدل على ذلك ، ما ساقه الفقهاء من نصوص ، فى شأن إنقاذ الغرقى ، والحرقى ، والهدمى ، مع ما يترتب على ذلك من هلاك المجاهد أو المنقذ .

فإذا جزم طبيب مسلم ذو خبرة ، أو غير مسلم - كما هو مذهب الإمام مالك - بأن شق أى جزء من جسم الإنسان الحى بإذنه، وأخذ عضو منه ، أو بعضه ، لنقله إلى جسم إنسان حى لآخر، لعلاجه، إذا جزم أن هذا لا يضر بالمأخوذ منه أصلاً ، إذ الضرر لا يزال بالضرر ، ويفيد المنقول إليه ، جاز هذا شرعاً ، بشرط ألا يكون الجزء المنقول على سبيل البيع ، أو بمقابل ؛ لأن بيع الإنسان الحر ، أو بعضه باطل شرعاً [1] .

٣٠١ - (٢) الرد على الدليل الثالث :

فيقول الدكتور «أسامة عبد السميع» ، أن قوله ، صلى الله عليه وسلم ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ ، هذا الحديث حجة لنا لا عليهم ، لأنه إنبثق من هذا الحديث ، عدة قواعد ، منها ﴿ الضرر لا يزال بالضرر﴾[2] ، والتى ذكروها ، ولكنهم لم يذكروا ، أن هذه القاعدة

- رئيس لجنة الفتوى بالأزهر ، والمنشورة فى كتاب من الألف إلى الياء - ص١٣١ ، للأستاذ طارق حبيب ، والمنشورة بجريدة الأخبار ، بتاريخ ١٩٨٩/٢/١٧ م . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٩٠ ، وهامش رقم (٣) .

(١) أنظر فتوى شيخ الأزهر سالفة الذكر ، فى كتابه السابق الإشارة إليه - ص٢٤٥ . راجع د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) الأشباه والنظائر للإمام السيوطى - ص٨٦ ، والتى أطلق عليها العز بن عبد السلام « إجتماع المفاسد المجردة عن المصالح » ، وذلك مثل « أن يكره على قتل مسلم، بحيث لو إمتنع منه قتل ، فيلزم المكره - بفتح الراء - أن يدرأ مفسدة القتل بالصبر على القتل ، لأن صبره على القتل أقل مفسدة من إقدامه ، حيث إن الضرر لا يزال بالضرر أنظر فى ذلك قواعد الأحكام ، فى مصالح الآنام ، للعز بن عبد السلام - ٩٣/١ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق ص٩١ ، وهامش رقم (٢) .

سالفة الذكر ، تتعلق بها عدة قواعد أخرى منها القاعدة التى تقضى بأن : « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » (١) . وقاعدة : «الضرورات تبيح المحظورات » (٢) . والضرر الأشد هنا يتمثل فى بقاء الإنسان الحى عرضة للمرض الشديد والهلاك المتوقع ، و الأخف هنا يتمثل فى أخذ شئ من أجزاء الميت ، لعلاج الإنسان الحى ، لا سيما أن هذا النقل يؤدى إلى منفعة الإنسان المنقول إليه هذا العضو ، منفعة ضرورية لا يوجد بديل لها ، وأن يحكم بذلك الطبيب المختص الثقة(٣) .

٣٠٢ - (٣) الرد على الدليل الرابع :

وهو قوله ، صلى الله عليه وسلم : ﴿ كسر عظم الميت ككسره حياً ﴾ ، فيقول الدكتور« أسامة عبد السميع» : إننى لست ضد حرمة الحى أو الميت ، بل على العكس ، نحن من المؤكدين لحرمة الحى والميت على السواء . فشريعة الإسلام ، قد كرمت جسد الإنسان حياً وميتاً ، ونهت عن إبتذاله ، وتشويهه ، أو الإعتداء عليه ، بأى لون من

---

(١) ومن تطبيق هذه القاعدة أنه : « إذا إضطر إنسان إلى أكل مال الغير أكله ، لأن حرمة مال الغير أخف من حرمة النفس ، وفوات النفس أعظم من إتلاف مال الغير ببدل . انظر فى ذلك قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للعز بن عبد السلام ٩٤/٩، وانظر أيضاً الأشباه والنظائر للإمام السيوطى – ص٨٤ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٩١ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) انظر فى ذلك قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للعز بن عبد السلام (٥/٢) ، وانظر أيضاً الأشباه والنظائر للإمام السيوطى (ص٨٤) د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٩١ ، وهامش رقم (٤) .

(٣) انظر فتوى د. محمد سيد طنطاوى مفتى الجمهورية سابقاً ، والمنشورة بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٩ ، ومقاله أيضاً المنشور فى جريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٢/١/٥ ، وفتواه المنشورة بجريدة الوفد – العدد ٢٠٠٧ ، بتاريخ ١٩٩٣/٨/٢، ومقال شيخ الأزهر فى جريدة اللواء الإسلامى – العدد ٢١٧ ، بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٠ ، عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٩٢ ، وهامش رقم (١) .

الوان الإعتداء ، ومن مظاهر هذا التكريم الأمر بتغسيله ، وتكفينه ، والصلاة عليه ، ودفنه ... إلخ .

ولقد كان من هدى الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، انه بعد الإنتهاء من الغزو ، لا يترك جسد الإنسان ملقيًا على الأرض ، سواء اكان لمسلم ، أم لغير المسلم ، فقد حدث في غزوة بدر ، أن أمر ، صلى الله عليه وسلم ، بدفن المشركين ، كما أمر بدفن شهداء المسلمين(١).

ومع ذلك ، فإن كرامة أجزاء الميت ، لا تمنع من إنتفاع الحي بها ، تقديماً للأهم على المهم ، وإعمالاً لقاعدة : الضرورات تبيح المحظورات» ، وأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، والتي سندها الكتاب الكريم والسنة الشريفة ، فإن من تطبيقاتها جواز الأكل من إنسان ميت عند الضرورة ؛ صونًا لحياة الحي من الموت جوعًا ، المقدمة على صون كرامة الميت ، إعمالاً لقاعدتي : « إختيار أهون الشرين ، وإذا تعارضت مفسدتان ، روعي أعظمهما ضرراً ، بإرتكاب أخفهما » (٢) .

وإذا جاز الأكل من جسم الآدمي الميت لضرورة ، جاز أخذ بعضه نقلاً لإنسان أخر حي ، صوناً لحياته ، متى رجحت فائدته ، وحاجته للجزء المنقول إليه (٣) .

---

(١) يراجع : المحلى لإبن حزم (١/١٢٤) . عن د. اسامة عبد السميع - السابق - ص٩٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) انظر في معنى هاتين القاعدتين : قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ١٥/٩٥) . حيث قال : « ولكان تقول في هذا وما شابهه - أمام المضطر مفسدتان - جاز ذلك - إرتكاب اقل الضررين - تحصيلاً لأعلى المصلحتين ، او دفعاً لأعظم المفسدتين » . وانظر ايضًا في معناهما القواعد لإبن رجب الحنبلي (ص٢٦٥) - القاعدة الثانية عشرة ، حيث ذكر : « إنه إذا إجتمع للمضطر محرمان: كل منهما لا يباح بدون الضرورة ، وجب تقديم اخفهما مفسدة واقلهما ضرراً » ، وانظر ايضاً : الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٧) . عن د.اسامة عبد السميع - السابق - ص٩٣ ، وهامش رقم (١) .

(٣) انظر فتوى د. مفتي الجمهورية ، في كتابه فتاوى شرعية ، والسابق الإشارة =

كما نقول لهم – و الحديث ما يزال للدكتور «أسامة عبد السميع» – إن هذا الميت ، لو لم تؤخذ أعضاؤه ، وتنقل للحي ، ويستفيد منها ، فإنه سوف يأكلها الدود .

فضلاً عن ذلك ، فإن الكسر في هذا الحديث ، هو الكسر الذي فيه إبتذال لغير ضرورة ، أو مصلحة راجحة ، وهذا المعنى ظاهر ، كما ذكره المحدثون في بيان سبب الحديث : من أن الحفار الذي كان يحفر القبر أراد كسر عظم ساق ، دون أن تكون هناك مصلحة في ذلك، فقال له النبي ، صلى الله عليه وسلم : « لا تكسرها ، فإن كسرك إياه ميتاً ، ككسره حياً » ، فإذا كانت هناك مصلحة ، ومنفعة ، فإن الحرمة تنتفي (١) عن هذا الإنسان الميت .

أما عن الإنسان الحي ، وإقتطاع جزء منه ، فقد أشرنا إلى أن فقه الشافعية يجيز أن يقتطع الإنسان الحي جزء نفسه ، ليأكله عند الضرورة ، بشروط (٢) .

٣٠٢ - (٤) الرد على الدليل الخامس :

قال القائلون بعدم جواز النقل والزرع ، إن من أركان التبرع ،

= إليه ، بتاريخ ١٩٨٧/٢/٥ (ص٤٩) ، وفتوى شيخ الأزهر بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٥ ، في كتابه أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية (ص١٥٧) ، ومقاله المنشور بجريدة اللواء الإسلامي – العدد (٢١٧) في ١٩٨٦/٣/٢٠ ، وفتوى الشيخ عبد الله المشد ، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر ، والمنشورة بكتاب : من الألف إلى الياء ، للأستاذ طارق حبيب (ص١٢٩ – ١٣٠) ، والمنشورة بجريدة الأخبار ، بتاريخ ١٩٨٩/٢/١٧ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٩٣ ، وهامش رقم(٢).

(١) البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ، لإبن حمزة الدمشقي (٣٧/٢) تحقيق وتعليق د. الحسيني عبد المجيد هاشم ، وقد ورد بلفظ « إن كسر عظم المسلم ميتًا ككسره حياً » – مكتبة مصر بالفجالة ١٩٨٥ . عن د.أسامة عبد السميع – السابق – ص٩٤ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع ما سبق – بند ٢٣٠ .

أن يكون الإنسان مالكًا للشئ المتبرع به ، أو مفوضًا في ذلك من المالك، والإنسان ليس مالكًا لجسمه ، لأنه ملك لله ، كما أن هذا الإنسان ليس مفوضًا بالتبرع ، لأن التفويض يستدعي إذنًا له ، ولا إذن .

ونحن نقول - والحديث للدكتور «أسامة عبد السميع» - إن الكون كله ملك الله تعالى ، وليس جسم الإنسان وحده ، ومع ذلك ، فقد أباح الله سبحانه وتعالى للناس أن يتصرفوا فيما يملكه - عز وجل - بالطريقة التي ترضيه ، فإن الله قد فوضني في جسدي ، الذي هو ملك له، وحينما أتبرع بجزء منه ، فهذا التبرع يجوز في حدود التفويض لي ، فيما لا يضرني (١) .

وإن كان الإنسان ، من حيث أجزائه المادية ، مالك لها ، وبذلك فإن له أن يتصرف فيها ، شريطة الا يضره ضرراً لا يحتمله ، حيث لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

على أن الحكم في بقاء الجسم وعدمه ، بعد نقل العضو منه ، يرجع فيه إلى الثقات المختصين ، وعلى أن يكون هناك ظرف غالب بإنتفاع المنقول إليه هذا الجزء ، وإلا كان النقل عبثًا ، وإيلامًا بغير حاجة (٢) .

---

(١) انظر فتوى د. مفتي الجمهورية ، والمنشورة بتاريخ ١٩٨٧/٢/٥ ، في كتابه : فتاوى شرعية (ص٤٨) ، وفتواه في ندوة المعرض الدولي للكتاب لعام ١٩٩٢ ، والمنشورة بجريدة المعرض اليومية ، في ١٩٩٢/١/١٥ (ص١٧) ، والصادرة عن الهيئة المصرية العامة للكتاب . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٩٥ ، ٩٦، وهامش رقم (١) .

(٢) فتوى الشيخ عبد الله المشد ، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر ، والمنشورة بكتاب : من الألف إلى الياء ، للأستاذ طارق حبيب (ص١٣٠ - ١٣١) . والمنشورة أيضاً بجريدة الأخبار ١٩٨٩/٢/١٧ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٩٦ ، وهامش رقم (٢) .

المطلب الثانى
نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء
فى القوانين الوضعية

٢٠٤ - تمهيد :

فى إطار بحثنا فى المعالجة الوضعية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، بين الأحياء ، يعن لنا التساؤل ، بداية ، عن الأساس القانونى لهذه العمليات ، والتى يفترض فيها المساس بجسم أحد الأحياء ، لا يعانى من علة ما ، بغية تحقيق مصلحة لشخص أخر، يفترض أنه مريض ، وبحاجة إلى زرع العضو الذى تم أخذه من هذا الشخص ، كما نرى أنه من المفيد عرض مواقف بعض القوانين الوضعية من هذا الموضوع الهام ، وذلك على التفصيل التالى :

٢٠٥ - أولاً : الأساس القانونى لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء :

فى تبريره ، ومحاولته إيجاد أساس لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية ، يتنازع الفقه الحديث إتجاهان : إتجاه يرى فى حالة الضرورة، أساساً لهذه الإباحة ، وأخر يرى أساسها فى المصلحة الإجتماعية .

وعلى ذلك ، فسوف نعرض لكل من هذين الإتجاهين ، فيما يلى، بشئ من التفصيل :

٢٠٦ - (أ) تبرير نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس حالة الضرورة :

فى كل عمل طبى ، لابد من القيام بعملية مقارنة ، أو موازنة بين الخطر والأمل ، أو فرصة الشفاء . وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى

المستقبل ، ومن ثم تتسم بقدر من الإحتمال ، أى عدم التأكد . فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التى قد يتعرض لها المريض ، إذا لم يعالج ، ومخاطر إجراء طبى معين ، من جهة ، وبين فرص وآفاق الشفاء ، من جهة أخرى .

والطبيب يمارس عملية حساب الإحتمالات ، فيما يتعلق بالإنسان، فجسم الإنسان هو مجال عمله ، ويتحقق التقدم الطبى بقدر ما تزداد إحتمالات تحقيق النجاح ، على إحتمالات الفشل .

فالطبيب يتمتع بإمتياز خاص ، لا يتمتع به غيره من أصحاب المهن الحرة الأخرى ، فهو يمارس عمله على جسم الإنسان ، بمعنى أنه لم يعد دور الطبيب شفاء المريض فقط ، أو وقايته ضد الأمراض ، وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان ، بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعائلية . فالطبيب يعمل على الجسم من خلال إعطائه أدوية ومقويات ، أو هرمونات ، بل وأيضًا عن طريق إستئصال أجزاء منه ، وهو حى ، أو بعد الوفاة ، أو من أجل إستئصال عضو من أجل جسم مريض أخر ، وهو ما يسمى بزرع الأعضاء .

وفى مجال نقل وزرع الأعضاء ، فإن عملية الموازنة التى يجريها الطبيب ، تكون محكومة ، ليس بمجرد موازنة عادية بين المخاطر والآمال ، وإنما تدخل هذه الموازنة فى نطاق حالة الضرورة . كما أن الموازنة لا تكون متعلقة بشخص واحد ، إنما بأكثر من شخص ، فتقدير المساوئ والآمال ، يكون على مستوى المريض ، وعلى مستوى المتنازل السليم . ومن ثم ، فإنه تجب الموازنة بين المخاطر التى يتعرض لها كل من المريض والسليم ، من جهة ، ثم الآمال التى يحتمل أن يستفيد منها المريض ، من جهة أخرى .

ومهمة الطبيب فى مواجهة المريض ، لا تختلف عن مهمته فى علاج الأشخاص العاديين ، أى أنه يجب عليه أن يجرى الموازنة بين

المخاطر التى يتعرض لها المريض نتيجة المرض ، والآمال التى يرجو أن يحققها له . أما بالنسبة للمتبرع ، فهو شخص سليم ، يترتب على تبرعه إصابته بعاهة مستديمة . ولا يمكن القول بأن مصلحة المريض، فى حد ذاتها ، أرجح من مصلحة المتبرع .

ولهذا ، فإن الموازنة ، طبقًا لحالة الضرورة ، لابد وأن تتم ، فى الظروف الآتية (١) :

١- يجب أن يكون هناك خطر يحدث بالمريض ، وأن يكون فى عدم زرع عضو جديد له ، ما يؤدى حتمًا إلى الموت . ولا يشترط أن يكون الخطر محدقاً بالشخص نفسه ، بل يمكن أن يكون هذا الخطر محدقاً بالغير .

٢- كما يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه ، أكبر بكثير من الضرر الذى وقع . فمثلاً إذا كان إستئصال كلية شخص سليم ينطوى على قدر من المخاطر بالنسبة له ، إلا أن هذه المخاطر تقل بكثير عن المخاطر التى يتعرض لها المريض لو لم تنقل إليه الكلية ، فإن الخطر هنا يكون أقل من الضرر ، حيث أن المتبرع لا يصاب إلا ببعض النقص فى الصفة التشريحية لجسمه ، الذى يظل مؤدياً لكافة وظائفه، أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت الحال .

٣- أيضاً ، فيجب أن يكون زرع الأعضاء ، هو الوسيلة الوحيدة التى يمكن عن طريقها إنقاذ المريض فإذا كان يمكن إنقاذ المريض عن طريق نقل عضو من جثة ميت ، فإن شروط حالة الضرورة لا تكون متوافرة ، ولا يجوز الإستئصال من جسم شخص حى .

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص٧٦ ، وهامش رقم (١) : Chavanne (A) . Point de vue juridique . op. cit p (31)

٤- ويجب كذلك ، الا يؤدى الإستئصال إلى هلاك المتبرع ، أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم فى وظائف جسمه . فمثلاً إذا كان الشخص مصاباً بمرض فى إحدى كليتيه ، فلا يجوز له التبرع بالأخرى ، لأن هذا يهدد حياته ، أو وظائف جسمه على الأقل . وهنا تبدأ مسئولية الجراح ، حيث أن المتبرع ينتهى دوره عند إبداء رغبته فى التبرع . أما مسألة حساب الإحتمالات والمخاطر ، فهى من إختصاص الجراح .

٥- واخيراً ، يجب أن يشترك أكثر من فريق طبى فى تقدير الموازنة بين الخطر الذى يتعرض له المريض ، والضرر الذى يتعرض له المتبرع . ولهذا تقترح أغلب المؤتمرات الطبية الخاصة بزرع الأعضاء، أن يكون الفريق الطبى الذى يجرى الإستئصال ، مختلفاً عن الفريق الطبى الذى يقوم بالزرع ، وذلك حتى تكون الموازنة غير مغرضة ، أو مدفوعة بشهوة العلم .

والموازنة بين الخطر والنجاح ، يجب أن تكون الأساس الذى يرتكز عليه القرار الطبى . ولهذا كلما تقدم العلم ، وإزدادت فرص النجاح ، كلما أمكن القول بإباحة عمليات زرع الأعضاء . فالتقدم الطبى فى حد ذاته ، يؤثر على التكييف القانونى للعمل الطبى ، من حيث إباحته ، أو عدم مشروعيته .

وتفسير ذلك ، أن تقدم طب زرع الأعضاء ، يعنى أن إحتمالات النجاح تزايدت ، بالنسبة لإحتمالات الفشل ، أى أن المصلحة التى ستعود على المريض أصبحت كبيرة ، لأنه سوف ينقذ من الموت ، أما الضرر الذى يعود على المتبرع ، فسيكون بالتالى أقل من المصلحة التى سوف تتحقق ، ومن ثم تتوافر شروط حالة الضرورة ، ويصبح الزرع مشروعاً (١) .

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص٧٨ ، وهامش رقم (١) : Chevallier (G) . paris 1969. p28 . Charaf El - Dine (A) 44 ets

وقد ظهر إتجاه حديث فى الفقه الفرنسى ، يميل إلى إعفاء الطبيب من المسئولية الجزائية ، فى حالة توافر عنصر الضرورة العلاجية . ويرى أصحاب هذا الرأى ، أنه على الرغم من إنطباق نص المادة (٩٠٣) من قانون العقوبات الفرنسى على عمل الطبيب ، إلا أنه يعد غير مسئول عن كل عمل يترتب عليه جرح المريض ، مادام ذلك تفرضه ضرورة المباشرة العادية للفن الطبى . والضرورية العلاجية من أجل شفاء المريض ، وحصل ذلك بناء على ترخيص من القانون[١] .

وذهب إتجاه أخر ، إلى أكثر من ذلك ، إذ جعل من الضرورة العلاجية أساسًا لإباحة كل عمل طبى ، وترك أمر تقديرها للسلطة التقديرية للطبيب ، وتحت رقابة القضاء . وقد خلص أصحاب هذا الرأى ، إلى أن الطبيب لا يكون له الحق فى القيام بأى عمل غير ضرورى للمريض ، وليس له مصلحة فيه ، وأن معيار الضرورة أساسى لإباحة كل عمل طبى [٢] .

وقد ذهب البعض إلى إعتبار الطبيب الذى يجرى عملية إستئصال عضو من جسد شخص سليم ، لزرعه فى جسد شخص مريض ، على وشك الموت ، غير مسئول ، بسبب وقوعه تحت تأثير إكراه معنوى ، نشأ عن حالة الضرورة ، مما دفعه إلى إرتكاب جريمة معاقب عليها ، لإنقاذ حياة المريض .

وقد أمرت النيابة بحفظ دعوى ضد أحد الأطباء ، الذى قام بإستئصال كلية فتاة سليمة ، وزرعها فى جسد شقيقها التوأم ، الذى كان يعانى من قصور كلوى ، وذلك بحجة أنه – أى الطبيب – كان

---

(١) د. حسام الأهوانى – المرجع السابق – ٤٨ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٧٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) عن د. سميرة الديات – السابق – ص٧٩ ، وهامش رقم (٢) 77 . Paris 1955 .

تحت تأثير إكراه معنوى ، نشأ عن حالة الضرورة . فى حين أن المجلس الوطنى لنقابة الأطباء فى فرنسا قد رأى إباحة هذه العملية ، لأن نسبة نجاحها ، تفوق بكثير المخاطر التى كانت ستتعرض لها هذه الفتاة .

وهذا الرأى ، كما يراه البعض من الفقه – بحق – لا يخلو من النقد ، ذلك أن حالة الضرورة ، تختلف عن الإكراه المعنوى ، فمصدر الإكراه المعنوى دائمًا إنسانى ، فى حين أن مصدر الضرورة ، هو مجموعة من الظروف تهدد شخصًا بالخطر ، وتدفعه فى سبيل الخلاص منه إلى إرتكاب جريمة . كذلك فإن إختيار الواقع تحت تأثير الإكراه ، يكون محدداً برغبة المصدر الإنسانى الذى يمارس عليه الإكراه ، إذ يحدد له الفعل الجرمى المطلوب منه ، كى يتفادى الخطر، بينما لا يتحدد الفعل الذى يشكل جريمة الضرورة فى أحوال الضرورة ، إنما يستلهمها الخاضع للضرورة ، من ظروف الحال . ومن الجائز أن تتعدد أمامه الأفعال التى يمكن أن تخلصه من الخطر الجسيم المحدق به ، وأن يختار من بينها [1] .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه ، ولإعمال حكم الإكراه المعنوى يفترض وجود خطر جسيم حال بالنفس ، ولا يد للمكره فى حلوله ، ولا قبل له بدفعه بوسيلة أخرى .

ويترتب على ذلك ، أن الطبيب الذى نقل العضو ، لم يكن واقعًا تحت تأثير إكراه معنوى ، لأنه لم يتعرض شخصياً لخطر جسيم ، وقد كان عند قيامه بنزع العضو من جسم المتبرع ، عالمًا بما يجرى ، ويعلم أيضاً بأن من شأن فعله ، أن يلحق الضرر بالغير [2] .

---

(١) د. محمد زكى ابو عامر – المرجع السابق – ص١٧٤ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٨٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) د. سميرة الديات – السابق – ص٨٠ .

٣٠٧ - (ب) تبرير نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس المصلحة الإجتماعية :

فكرة المصلحة الإجتماعية ، فكرة مستمدة من المبادئ العامة للدين ، والقانون ، وإجتهادات المحاكم ، وعادات وتقاليد المجتمع ، ولذلك فهى تختلف من دولة لأخرى ، ومن زمن لآخر ، ومن ذلك ، فإن غايتها لا تختلف بإختلاف الدول ، وهى إحترام القوانين ، وتحقيق الصالح العام ، والمحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع . ففى حين تأخذ بعض الدول بتجريم الإجهاض لغير غاية علاجية ، نجد البعض الآخر من دول أوروبا يجيز الإجهاض ، ولا يعتبره متنافياً مع مصلحة المجتمع ، أو المبادئ الأخلاقية (١) .

وقد ذهب فريق من الفقه ، إلى أن أساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء ، يقوم على أساس المصلحة الإجتماعية ، ذلك أن الحق فى سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالإنسان ، وفى نفس الوقت تحمل بعداً إجتماعياً ، فالحق فى سلامة الجسم هو المصلحة التى يعترف بها القانون لكل فرد ، ومؤداها أن تؤدى أعضاء الحياة فى جسمه وظائفها اداء طبيعياً ، وأن يحتفظ بسلامة جسمه ، وأن يتحرر من الآلام البدنية .

وإذا نحن طبقنا معيار المصلحة الإجتماعية على عمليات نقل الأعضاء من المتبرع إلى مريض آخر ، فإن فى ذلك منفعة للمجتمع كله ، حتى وإن لم يحقق مصلحة إجتماعية للمتبرع ، إذ فى ذلك إنقاذ لفرد آخر من أفراد المجتمع ، بما يمكنه من اداء إلتزاماته ، وواجباته نحو المجتمع ، جنباً إلى جنب مع المتبرع ذاته ، والذى يجب التأكد – عند القيام بنزع العضو منه – عدم تأثر وظيفته الإجتماعية بذلك .

---

(١) د. أحمد شوقى عمر أبو خطوة – القانون الجنائى والطب الحديث – المرجع السابق – ص٤٢ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٨٥ ، وهامش رقم (١) .

وعليه ، فإننا ، وفى مجال نقل وزرع الأعضاء ننظر إلى الوظيفة الإجتماعية على مستوى شخصين ، وليس شخص واحد .

وفى هذا المجال تظهر فكرة المنفعة الإجتماعية ، فى إطار زرع الأعضاء ، فيجب أن يكون مجموع المنفعة التى تعود على المجتمع من زرع الأعضاء ، أكبر من المنفعة التى تعود عليه من عدمه . فلو كانت المنفعة التى تعود على المجتمع فى شخص سليم (١٠٠٪) ، ولا تعود على المجتمع من المريض ، سوى منفعة تقدر بـ (١٠٪) ، فإنه يجب أن ينظر إلى مجموع المنفعة التى ستعود بعد العملية . فإذا كان النقص الذى يصيب منفعة المتبرع ضئيلاً ، بحيث تكون منفعته مثلاً (٧٠٪) ، ومنفعة المريض تزداد إلى (٦٠٪) ، فإن مجموع المنفعة بعد العملية يكون أكبر من قبلها ، ومن ثم فلا مساس بالجانب الإجتماعى للجسم على مستوى الشخصين [١] .

٢٠٨ - ثانيًا : موقف القوانين الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية :

وسواء إعتمد الفقه حالة الضرورة ، أو المصلحة الإجتماعية ، كأساس لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، فالكل متفق على مبدأ ألا يترتب على التبرع بالعضو المساس بوظائف الجسم الفسيولوچية، والتى تؤثر على أداء الفرد لوظيفته الإجتماعية بكل ما تحمله من واجبات وأعباء . وسوف نرى تطبيقًا لذلك فى كل من القوانين الفرنسى والمصرى واللبنانى والسورى .

(أ) - عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية فى القانون الفرنسى :

نظم القانون الفرنسى نقل وزرع الأعضاء بمقتضى التشريع

(١) د. حسام الأهوانى - المرجع السابق - ص٥٧ - عن د. سميرة الديات - السابق - ص٩٠ ، ٩١ ، وهامش رقم (١) .

الصادر فى ديســمـبـر ١٩٧٦ ، والرقـيم ٧٦/١١٨١ . ويلاحظ أن نصـوص هذا القانون قد تناولت تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء دون أن تحدد ذلك بعضو معين (١) .

وقد جاء المرسوم رقم ٧٨/٥٠١ ، الصادر فى ٣١ مارس ١٩٧٨ ، الصادر تنفيذاً للقانون المشار إليه ، مشترطاً أن يكون رضاء المعطى البالغ - فى حالة كون العضو غير متجدد - أمام رئيس المحكمة الإبتدائية ، الذى يقع فى دائرته موطن المعطى ، أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة ، على أن يثبت هذا الرضاء فى شكل كتابى ، موقعاً عليه من القاضى والمعطى . وتعطى صورة منه إلى المستشفى الذى سيتم فيه الإستئصال . وتحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة .

أما إذا كان العضو متجدداً ، فيكتفى بإثبات رضاء المعطى فى شكل كتابى ، موقعاً عليه منه ، ومن شاهد يعينه لذلك .

وقد إشترط القانون ، أن يكون المعطى بالغاً رشيداً ، وذلك ببلوغه سن الثامنة عشرة من عمره . فضلاً عن تمتعه بقواه العقلية ، حتى يمكنه التعبير عن إرادته .

وبذلك ، فقد إستبعد المشرع الفرنسى ، كقاعدة عامة ، إمكانية إستئصال الأعضاء من عديمى الأهلية ووفقاً للمادة (٥٠٨) ، فإن الشخص الرشيد ، الذى يوضع تحت القوامة ، يعتبر عديم الأهلية، ولا يخضع لعمليات نقل الأعضاء .

أما فيما يتعلق بحالة الأشقاء القصر ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى ، على أنه إذا كان المعطى قاصراً ، فإن الإستئصال

---

(١) عن د. سميرة الديات - السابق - ص١١٠ ، وهامش رقم (١) ;Grenouilleau I.B commentaire de la loi No 76 - 1181 du 22 décembre 1976 relative aux prelevements d'oranges Dalloz chron XXIX 1977 (p. 213).

لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته ، شريطة توافر رضاء الممثل القانونى المقترن بموافقة لجنة الخبراء ، وهى لجنة مؤلفة من ثلاثة خبراء على الأقل ، وإثنين من الأطباء لحدهما مارس الطب لمدة لا تقل عن عشرين عامًا ، وتصدر هذه اللجنة قرارها بالإيجاب أو الرفض . وهو بذلك يعد قراراً حقيقيًا منتجاً لأثاره القانونية ، وبالتالى تعتبر جهة قضائية ، سيما وأن قرارها يصدر بعد فحص ودراسة جميع النتائج المحتملة للإستئصال، عضوياً ، ونفسياً .

ويلاحظ أن هذا القانون لم يشترط أن يكون المريض قاصراً ، فيمكن مثلاً إستئصال كلية من قاصر وزرعها لشقيقه البالغ المريض، الذى يعانى من فشل كلوى ، يهدده بموت محقق (١) .

٣٠٩ - صدور القانون رقم ١٩٩٤/٦٥٤ والخاص بالتبرع بأعضاء الجسم وإستعمالها (٢) :

وفى ٢٩ يوليو ١٩٩٤ ، صدر القانون رقم ١٩٩٤/٦٥٤ ، والمتعلق بالتبرع بأعضاء الجسم وإستعمالها ، وبين الأحكام العامة لأخذ الأعضاء من شخص على قيد الحياة . ولم يجز التبرع إلا لغايات تحقيق مصلحة علاجية مباشرة للمستفيد . وحدد هوية هذا المستفيد (الوالدة أو الوالدة وإبن أو بنت أو أخ أو أخت المتبرع . وفى الحالات المستعجلة يمكن أن يكون المتبرع زوج المستفيد) .

وإشترط المشرع إطلاع المتبرع ، وتبصيره بكافة الأخطار التى يمكن أن يتعرض لها . ويشمل ذلك الأخطار المحتملة ، قبل أن يعطى موافقته أمام رئيس محكمة البداية ، أو القاضى المعين من قبله . وفى

---

(١) د. سميرة الديات – السابق – ص١١١ ، ١١٢ .

(٢) الجريدة الرسمية، فى ٣٠ يوليو ١٩٩٤ .

الحالات المستعجلة يمكن أن يحصل من النائب العام على الموافقة ، بأية طريقة من الطرق .

كما منع القانون أخذ رأى عضو من المتبرع القاصر ، أو من شخص خاضع للحماية القانونية ، بإستثناء أن يكون لمصلحة شقيقه أو شقيقته ، وذلك بموافقة الممثل القانوني للقاصر . ويجب أن تعطى هذه الموافقة أمام رئيس محكمة البادية ، أو القاضى المعين من قبله . وفى الحالات المستعجلة يمكن الحصول على الموافقة من قبل النائب العام .

والسماح بأخذ تقى العظام من قاصر ، يعطى من قبل لجنة من الخبراء ، على أن تتأكد هذه اللجنة من أنه قد تم إعلام القاصر بذلك ، وطلب منه رأيه ، إذا كان بإستطاعته إبداء الرأى . وفى حالة رفض القاصر ، لا يجوز أخذ تقى العظام منه .

وتتكون لجنة الخبراء هذه من ثلاثة أعضاء ، يتم تعيينهم لمدة ثلاث سنوات ، بقرار صادر عن وزير الصحة ، إثنان من الأطباء أحدهما متخصص فى طب الأطفال ، أما العضو الثالث ، فيجب الا يكون من ممارسى المهن الطبية ، وتتخذ اللجنة قرارها ، بعد تقييم المبررات الطبية للعملية ، والأخطار التى قد يتعرض لها القاصر ، والآثار التى من الممكن أن تترتب عليها ، من الناحيتين الجسدية والنفسية . وتعطى اللجنة قرارها دون إبداء الأسباب ، حتى ولو كان يحمل عدم الموافقة (١) .

٣١٠ - (ب) عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية فى القانون المصرى :

يتفق فقهاء القانون على أن كل إتفاق يجيز التعامل فى جسم

---

(١) د. سميرة الديات – السابق – ص١١٣ ، ١١٤ .

الإنسان يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فلا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده (١) .

أما بالنسبة للتصرف فى جزء حيوى لازم لبقاء الإنسان على قيد الحياة ، أو لإستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيوية على مدى طويل ، كالتصرف فى القلب ، أو الكبد مثلاً ، فهو محظور أيضًا بصفة مطلقة، ولا مجال لرضاء صاحب الشأن فى هذا الصدد (٢) .

أما التصرف فى جزء من الجسد بما يعرض الحياة للخطر ، كالأجزاء المزدوجة ، أو كما يذهب البعض إلى التفرقة بين ما يسمى بالأعضاء التشريحية ، والأعضاء الوظيفية ، فإن النجاح العلمى الهائل الذى حدث فى القرن العشرين لعمليات زرع الكلى ، والرئة ، والبنكرياس ، والعيون ، أوجب تطويع هذا المبدأ ، وما يتفق والمصلحة العامة التى تعود على المجتمع بأسره (٣) .

وعلى أى الأحوال ، فإنه وإن كان لا يوجد فى مصر حتى الآن (٤) .

---

(١) فكرة الحق أ.د / حمدى عبد الرحمن – ص٤٧ – دار الفكر العربى – جامعة عين شمس عام ١٩٧٩ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١١٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية . أ.د / حسام الأهوانى – ص٢٢ هامش ٣ – مطبعة عين شمس عام ١٩٧٩م . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١١٦ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) نفس المرجع السابق – ص٢٢ هامش ٤ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١١٦ وهامش رقم (٣) .

(٤) فى مصر ، تواصل لجنة الصحة بمجلس الشعب مناقشة مشروع قانون نقل الأعضاء – كما جاء بجريدة الأخبار ، عدد ٢٠٠٧/٦/٢١ ، الطبعة الأولى ، ص٦ – خلال العطلة البرلمانية . وجاء بالخبر ، انه تقرر ان تعقد اللجنة إجتماعاً اسبوعياً يوم الأحد ، لإستكمال مناقشة مشروعات القوانين ، والموضوعات التى بدأتها اللجنة خلال الدورة البرلمانية ، لإعداد تقارير عنها ، تعرض على المجلس ، فى بداية الدورة البرلمانية الجديدة ، الأمر الذى يعكس – كما نرى نحن – إهتماماً متزايداً بهذا الموضوع الحيوى ، والهام، بالنسبة للمرضى المحتاجين لنقل اعضاء إليهم، من المتبرعين القادرين على العطاء .

أى نص تشريعى يبيح عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ، إلا أن المصلحة العامة ، وحالة الضرورة ، والسبب المشروع ، تحتم ضرورة القول بشرعية مثل هذه العمليات ، مما جعل البعض يذهب إلى القول بمشروعية هذه العمليات قياساً على القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠م ، والذى يبيح نقل الدم البشرى لأغراض علاجية ، والقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م الذى يسمح بنقل قرنيات العيون ، بل ويذهب هذا الرأى – وهو ما نراه صواباً – إلى أبعد من ذلك ، إذ يقرر بإمكانية إمتداد هذه النصوص التشريعية ، إلى باقى أعضاء الجسد [١] .

وفيما يلى ، نوضح بعض أحكام هذين القانونين .

٣١١ - (١) القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ والخاص بتنظيم نقل الدم :

نظم هذا القانون عمليات جمع ، وتخزين ، وتوزيع الدم ومركباته فى مصر ، حيث صدر تنفيذاً له قرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١م . وقد أجاز القانون المذكور لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع ، أو عن طريق الشراء بمقابل رمزى ، كما تقوم هذه البنوك ببيع الدم إلى الجمهور .

كذلك فقد أصدر وزير الصحة القرار رقم ١٥٤ لسنة ١٩٦١م ، الذى سمح بصرف الدم المجانى لمتطوع الشرف ، أى غير المحترف ، وبدون مقابل له ، أو أحد أفراد أسرته، إذا قرر الطبيب المعالج نقل الدم إليهم.

على أن الواقع العملى ، ومن خلال التجربة ، فقد وضح أن فكرة التطوع المجانى لم يكتب لها النجاح ، فكان ولا مفر من الإعتماد على التطوع بمقابل ، لأن مراكز جمع الدم ، وحسب التقارير التى أعدت

---

(١) الأستاذ الدكتور / حسام الأهوانى فى كتابه : المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ص٦٤ ، ٦٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١١٧ ، وهامش رقم (١) .

فى هذا الخصوص تكاد تغلق الأبواب ، لقلة الكميات التى يتحصلون عليها عن طريق التبرع من المتطوعين الشرفاء ، ولا زالت هذه البنوك تعتمد أساساً على المتطوعين المحترفين [1] .

ونظراً لأن نقل الدم يعتبر من قبيل نقل عنصر من عناصر الجسم، ولأن إعطاء الدم ، طبقاً للقانون المصرى يكون بمقابل ، فقد ذهب البعض إلى أن المشرع يبيح بذلك التصرف فى جزء من أجزاء الجسم [2] .

غير أن البعض يعتقد أنه ، وإن صح الإستناد إلى القانون المذكور للقول بشرعية نقل الأعضاء المتجددة ، إلا أنه لا يصح الإستناد إليه للقول بمشروعية نقل وزرع الأعضاء غير المتجددة ، إذ أنه فى حالة الدم ، لا يترتب على نقل جزء منه ، إصابة الجسم بضرر جسيم .

٣١٢ - (٢) القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن إعادة تنظيم بنك العيون :

صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ ، والذى ألغى القانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩م ، وقد نص هذا القانون ، فى المادة الثانية منه ، على أن بنك العيون يتلقى رصيده من مصدرين :

(أ) عيون الأشخاص الذين يوصون بها ، أو يتبرعون بها .

---

(١) كفضيلة الشيخ عبد الله المشد ، فى فتواه المنشورة فى كتاب الألف إلى الياء ، للأستاذ طارق حبيب – ص١٣١ ، والمنشور أيضاً فى جريدة الأخبار ، بتاريخ ١٩٨٩/٢/١٧ ، وكفضيلة الأستاذ . احمد شرف فى كتابه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية – ص١٤٢ ، والأستاذ الدكتور . على داود الجفال فى رسالة الدكتوراه مسائل طبية معاصرة – ص١٢٠ ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م . عن د.أسامة عبد السميع – السابق – ص١١٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) انظر فى ذلك أ.د / حسام الأهوانى – السابق – ص١٣٨ . عن د. أسامة عبد السميع – السبق – ص١٢٠ ، وهامش رقم (١) .

(ب) عيون الأشخاص التى يتقرر إستئصالها طبياً .

والأمر الذى لا خلاف عليه بين الفقهاء ، أن القانون المذكور قد أباح ، فى فقرته الثانية ، التصرف فى عيون الأشخاص التى يتقرر إستئصالها لعدم صلاحيتها طبيًا ، وذلك إذا كانت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة ، التى يمكن إستخدامها لإجراء بعض عمليات ترقيع القرنية ، لمصلحة أشخاص آخرين [1] .

وبالنسبة لما ورد فى الفقرة (أ) من المادة الثانية من هذا القانون ، فقد وردت عبارة التبرع فى نهاية النص « أو يتبرعون بها » ، وهى تفيد أن التصرف قد يقع بين الأحياء ، والهبة لا تكون إلا بين الأحياء .

وتبعًا لذلك ، فيرى البعض أنه لا مفر من تفسير عبارة التبرع المشار إليها تفسيراً قانونياً ، وهو ما لا يكون إلا بإباحة التبرع بالعين حال الحياة [2] .

ويستند هذا الرأى فى تفسيره السابق ، على ما قررته المادة ٤٣ من الدستور المصرى من جواز إجراء تجارب طبية على جسم الإنسان، بشرط الحصول على موافقته .

والمصلحة فى التجارب الطبية مصلحة إحتمالية ، تتحقق عن طريق إحتمال تقدم الطب ، أما فى زرع الأعضاء ، فإن المصلحة مؤكدة من الناحية العلمية ، ولذلك فلا مانع من إباحتها ، بل يكون ذلك من باب أولى [3] .

---

(١) انظر فى ذلك أ. د . حمدى عبد الرحمن – ص١٠٦ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٢ ، وهامش رقم (١) .

(٢) هذا الرأى للأستاذ الدكتور حسام الأهوانى – المرجع السابق – ص٦٤ ، ٦٦ ، ويشاركه الرأى الأستاذ الدكتور أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٢ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) انصار هذا الرأى أ.د . حسام الأهوانى – المرجع السابق – ص٦٦ ، ويتفق معه =

أيضاً ، فيذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن تصرف الإنسان في جزء من الأجزاء المزدوجة في جسمه ، يكون صحيحاً وجائزاً ، وله أساس من القانون ، وذلك إستناداً إلى إستعمال الحق المقرر قانوناً، طبقًا لنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى ، إذ يجرى نصها على أنه : « لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل إرتكب بنية سليمة ، عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة » (١) .

هذا ، وقد إعتبر أنصار هذا الإتجاه ، أن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ ، سبب من أسباب الإباحة ، على أساس إستعمال الحق (٢) ، إذ أن الشخص الوحيد الذى يستأصل العين ، حتى ولو كان صاحبها ليس مريضاً بأن كانت عين سليمة ، هو طبيب تابع لبنك العيون (٣) ، شريطة ألا تمس بأداء الجسم الوظيفى ، وأن تكون هناك مصلحة علاجية مؤكدة للغير ، وأن يكون إستئصال عين الحى لإستخدامها فى أغراض طبية ، وليس لأغراض تجريبية ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، فالهدف من هذا القانون ، هو مساعدة فاقدى البصر ، على إسترداد هذه النعمة (٤) .

ويضيف هذا الرأى ، أنه إذا كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م ، يبيح صراحة – فى تقديره – إستئصال عيون الأشخاص الذين

- فى الرأى الأستاذ الدكتور أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٣ ، وهامش رقم(١) .

(١) أ.د . حسام الأهوانى – السابق – ص٦٧ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٣ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) وهو نص المادة ٦٠ عقوبات .

(٣) المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – أ.د / حسام الأهوانى – ص٧٨ ، ٧٩ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٤ ، وهامش رقم (٢) .

(٤) مجلة المحاماة – العددان التاسع والعاشر – السنة السبعون – ص٩٩ ، ١٠٠ . عن د.أسامة عبد السميع – السابق – ص١٢٤ ، وهامش رقم (٣) .

يتبرعون بها لبنك العيون ، فإن هذا القانون ، يعتبر من القوانين التى تقرر سبباً من أسباب الإباحة ، وأن أسباب الإباحة ليست من قبيل الإستثناءات ، فيجوز بالتالى التوسع فى تفسيرها ، والقياس عليها... وبناء عليه يمتد حكم هذا القانون - طبقًا للقواعد العامة فى قانون العقوبات - إلى جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير ، وبالتالى تجوز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (١) .

والحكمة التى تجيز القياس ، هى المصلحة الإنسانية المؤكدة التى تعود على الغير من إستبدال العضو الصالح بالعضو التالف .

فالتضامن الإنسانى قد يفرض على البشر التعاون من أجل مصلحة البشرية ، فالحكمة من السماح بالتبرع بالعين تتوافر أيضاً فى حالة التنازل عن إحدى الكليتين ، أو إحدى الرئتين . ويضيف هذا الرأى أن العين هى من أهم أجزاء الجسم ، فهى نور الحياة نفسها . وإذا كان المشرع يسمح بإستئصالها ، فإنه يسمح بذلك ، من باب أولى، بالنسبة للأعضاء الأخرى الأقل أهمية من جسم الإنسان ، لزرعها فى شخص المريض ، إنقاذاً له من المرض ، ورعاية لمصلحة الإنسانية جميعاً (٢) .

وينتهى أنصار هذا الرأى إلى أن إستعمال الحق فى حدوده ، ودون تعسف ، عملاً بالمادة الرابعة من القانون المدنى (٣) ، يؤدى إلى إنعدام صفة الخطأ فى الفعل الضار . وأن إستعمال الحق يرفع عن الفعل

---

(١) راجع أ. د . حسام الأهوانى - المرجع السابق - ص٨٠ - ٨٢ . ومع ذلك فإن هناك رأى لبعض فقهاء القانون يرفض إمتداد هذه النصوص ، بالقياس إلى باقى أعضاء الجسد . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٢٥ ، وهامش رقم(١).

(٢) المرجع السابق ، للأستاذ الدكتور حسام الأهوانى .

(٣) تنص المادة الرابعة من القانون المدنى على أن « من إستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

الضار صفة الجريمة الجنائية ، وكذلك صفة الخطأ المدنى [1] .

٣١٣ - (٣) مشروع قانون نقل وزرع الأعضاء المصرى يجيز نقل الأعضاء لضرورة علاجية :

ينص مشروع القانون المصرى المتعلق بإستقطاع وزرع الأعضاء، فى المادة الأولى منه ، على أنه : « لا يجوز نقل الأعضاء ، أو أجزاء منها ، أو أنسجة من جسم إنسان حى ، إلى أخر ، إلا لضرورة تقضيها المحافظة على حياة المنقول إليه ، أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط عدم إمكانية النقل من ميت ، وعدم وجود وسيلة علاجية مناسبة ، وبشرط أن لا يترتب على النقل تهديد حياة المنقول منه ، أو صحته بخطر جسيم ، ولو تم ذلك برضائه .

اما بالنسبة لإستقطاع اعضاء القاصر ، فقد نصت المادة الثالثة من المشروع المصرى ، على أنه : « لا يجوز للمنقول منه أن يتبرع بأحد اعضائه ، أو بجزء منه ، أو بأنسجة من جسم إنسان حى إلى أخر ، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المنقول إليه ، أو علاجه من مرض جسيم ، وبشرط عدم إمكانية النقل من ميت ، وعدم وجود وسيلة علاجية مناسبة ، وبشرط أن لا يترتب على النقل ، تهديد حياة المنقول منه ، أو صحته بخطر جسيم ، ولو تم ذلك برضائه .

كما تنص المادة نفسها على أنه : « لا يجوز للمنقول منه ، أن يتبرع بأحد أعضائه ، أو بجزء منه ، أو بأنسجة ، لنقله لآخر ، إلا إذا كان كامل الأهلية ، وتوافر رضائه التام ..

ونرى أن هذه الفقرة جديرة بالتأييد ، خاصة وأن بعض الآباء والأوصياء الجشعين ، وذوى الحاجة يمكنهم أن يستغلوا سماح القانون للقاصر بالتبرع بأعضائه ، إستغلالاً سيئاً ، ببيع اعضائهم ، جبراً عنهم ودون أخذ موافقتهم على ذلك .

---

(١) انظر فى ذلك ، مجلة المحاماة - العددان التاسع والعاشر - السنة السبعون - ص١٠١ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٢٦ ، وهامش رقم (٣) .

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة الخامسة ، على أنه: «لا يجوز نقل الأعضاء ، أو جزء منها ، أو أنسجة من عديم الأهلية ، وناقصها . ولا يعتد برضاء المنقول منه ، أو بموافقة من يمثله قانوناً » [1] .

ونرى كذلك ، أن هذه الفقرة جديرة بالتأييد ، للأسباب السابق الإشارة إليها .

٣١٤ - (جـ) عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون اللبناني :

كان المشرع اللبناني ، من أوائل المشرعين العرب الذين بادروا إلى وضع تقنين ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء . وكان ذلك من خلال المرسوم الإشتراكي رقم (١٠٩) الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ بمجموعة من القواعد التي تنظم أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية ، لحاجات طبية وعلمية ، ثم عاد بعد ذلك ، وأصدر القانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٨٣ ، المتعلق بالآداب الطبية ، حيث أورد في الفصل الثاني منه ، القواعد العامة لزرع الأعضاء ، والتلقيح الصناعي ، والإجهاض ، وذلك في المواد من ٣٠ – ٣٣ .

ومن مجمل هذه النصوص ، نستطيع أن نتبين أن المشرع اللبناني قد أرسى مجموعة من القواعد العامة ، لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء . من ذلك أنه :

١- يحظر على الطبيب تنفيذ ، أو متابعة علاجات ليست من إختصاصه ، إلا في حالات إستثنائية .

٢- لا يجوز حث متبرع على التبرع بعضو يؤثر على حياته .

---

(١) أنظر بالتفصيل في نقل الأعضاء البشرية د. طارق سرور – ص١٦٨ ، ٢٠٨ وما بعدها ، ص٢٧٥ . عن د. أحمد حسام طه تمام – المسئولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري – ص٢٤٦ ، ٢٤٧ ، وهامش رقم (١) .

٣- تمنع المتاجرة بالأعضاء منعاً باتاً .

٤- أن إجراء عمليات النقل والزرع للأعضاء البشرية ، يستلزم أصولاً وقواعد وأسساً معتمدة علمياً ، ومستشفيات مجهزة لهذه الغاية .

هذا ، ومن المناسب في هذا المقام ، أن نورد تطبيقاً من التطبيقات القضائية الصادرة عن القضاء اللبناني . وهو يتعلق بالحكم الصادر عن القاضي المنفرد الجزائي في بيروت ، بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢ .

وتتلخص وقائع هذه القضية ، في أنه وخلال شهر مارس من عام ١٩٩٣ ، أدخل أحد الشباب المهجرين ، والبالغ من العمر الثالثة والعشرين من عمره طفلته إلى أحد المستشفيات ، لأجل تطبيبها . وقد كان يعاني من الفقر والعوز . وأثناء ذلك تقدم إليه أحد الأطباء العاملين بالمستشفى . واستفسر منه عما إذا كان يقبل أن يبيع إحدى كليتيه ، لزرعها محل كلية أحد المرضى ، والتي كانت قد توقفت عن أداء وظيفتها .

وقد إدعى هذا الشاب ، أنه وبعد مدة ، ولعدم تبصره وجهله بالقوانين ، قبل أن يبيع كليته اليسرى لقاء مبلغ زهيد يبلغ ثلاثة عشر دولاراً أمريكياً ، وهو مبلغ - وكما يزعم - ضئيل وزهيد ، حيث يجب ألا يقل عن مائة ألف دولار . وبناء على ذلك ، سلم المستفيد إيصالاً خطياً بذلك ، وأنه قبل تفهمه لمحاذير العملية ، وقد زعم أيضاً ، أن المستفيد دفعه ، وبالطرق الإحتيالية ، على كتابة تعهد له بهبته كليته خلافاً للحقيقة . وأنه بعد ذلك أدخل إلى إحدى المستشفيات ، وترك تحت عهدة أحد الأطباء ، الذى قام بتنفيذ العملية، دون التأكد من أخذ الكلية تبرعاً ، ودون تنبيهه لمحاذير العملية ، وخاصة العجز الدائم ، ودون التقيد بالأنظمة ، وشروط المرسوم الإشتراعى رقم ١٠٩ ، بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ . وقد نتج عن ذلك عجز دائم من مجموع قواه الجسدية ، بنسبة ٣٠٪ ، كما نتج عنه

مضاعفات نفسية ، أبعدته عن زوجته وطفلته ، نتيجة رفض المستفيد ، وهو الثرى الكبير مساعدته ، وقد تقدم للمحكمة بزعم أن التعهد الصادر عنه صورى ، وأخذ بالغش والإحتيال ، وأن المستفيد قد أوهمه بالوقوف إلى جانبه . وإعطائه مبالغ مستقبلاً ، وقيام أخوه بينهما، مما يشكل إحتيالاً ، طبقاً للمادة ٦٥٥ عقوبات ، وأن عملية نزع كليته ، وزرعها ، قد حصلت خلافاً للقانون والنظام العام ، وذلك بالإشتراك ، والتدخل ، والتسهيل بين المستفيد ، وإدارة المستشفى ، والطبيب ، دون أن تنبهه إلى العجز الدائم ، مخالفين بذلك المرسوم رقم ٨٣/١٠٩ ، وأحكام المادة ٥٦٥ عقوبات ، ومعطوفة على المادة ٢١٠ منه لجهة المستشفى . وقد حدد الأضرار التى لحقت به ، سواء المادية والمعنوية بقيمة خمسين ألف دولار ، أو ما يعادلها بالعملة اللبنانية ، وطلب الحكم بالإدانة والتعويض عن الأضرار ، بالتكافل والتضامن .

وحيث أن المشرع اللبنانى عالج موضوع أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية ، لحاجات طبية وعلمية ، فى المرسوم الإشتراعى رقم ١٠٩ تاريخ ١٦ أيلول (سبتمبر) ١٩٨٣ ، وكذلك عالج ذات الموضوع فى قانون الآداب الطبية رقم ٢٢٨ ، المنشور فى الجريدة الرسمية ، فى العدد ٩ تاريخ ٩٤/٣/٣ .

وحيث أنه بمقتضى المادة الأولى من المرسوم الإشتراعى رقم ٨٣/١٠٩ ، جاء النص الآتى :

لا يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية ، من جسم أحد الأحياء ، لمعالجة مرض ، أو جروح شخص آخر ، إلا وفقاً للشروط التالية مجتمعة .

١- أن يكون الواهب قد أتم ١٨ من عمره .

٢- أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية ، والذى ينبهه إلى نتائج العملية ، وأخطارها ، ومحاذيرها ، ويتأكد من فهمه لكل ذلك .

٣- أن يوافق الواهب خطياً ، وبملء حريته ، على إجراء العملية .

٤- أن يكون إعطاء الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة .

لا يجوز إجراء العملية ، لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك ، أو فى حال إحتمال تهديد صحته بخطر جدى من جرائها .

وحيث أنه بمقتضى المادة ٣٠ فقرة ٦ من قانون الآداب الطبية ، لعام ١٩٩٤ ، ورد النص الآتى : « يمكن إجراء إستئصال عضو لإنسان بالغ ، حى ، متمتع بكامل قواه العقلية ، فى سبيل إجراء عملية زرع ، ذات هدف علاجى ، وذلك بعد موافقة الواهب الخطية الحرة ، والصريحة . وبحضور شاهد . وبعد أن تشرح له نتائج هذا الإستئصال . ولا يجوز حث متبرع على التبرع بعضو يؤثر على حياته» .

وحيث أنه إنطلاقاً من هذه الشروط ، وبالرجوع إلى وقائع الادعاء، ومستنداته ، تجد المحكمة الآتى :

١- أن المدعى المعطى كليته ، من مواليد ١٩٦٩ . وقد أتم ١٨ من عمره بتاريخ الموافقة .

٢- وجود كتاب من المديرية العامة للصحة ، موجه إلى المستشفى، بقبول المريض لإجراء عملية زرع كلية من الواهب ، مؤرخ فى ١٨/٣/١٩٩٣ .

٣- وجود كتاب مشترك ، موقع من المدعى كمتبرع ، ومن المدعى عليه (المتبرع له) ، على ورقة تحمل إسم المستشفى ، ومؤرخ فى ٢٣/٣/١٩٩٣ ، جاء فيه أن الموقعين جاءا يصرحان « بأننا وافقنا ونوافق على أن تجرى لأحدنا - المتبرع له - عملية زرع كلية ، تؤخذ من - المتبرع - وقد إطلعنا من الأطباء والإختصاصيين على ماهية هذه العملية ، كما أخذنا علماً عن نسبة نجاحها ، وعن مخاطرها ، وأثناء وبعد العملية ، ولا سيما فى حال رفض الكلية فى جسم المتبرع

له ، وعن المضاعفات ، والإشتراكات التى يمكن أن تنتج عن ذلك، وأننا بالتالى ، إذ نعترف ، ونقر بأن هذه العملية تجرى لنا بملك إرادتنا ، وكامل رضانا ، وبناء على طلبنا ، فإننا نبرئ ذمة المستشفى ، والأطباء الذين سيجرون هذه العملية من كل حق ، أو مطلب ، أو مبلغ، مسقطين عنهم بهذا الخصوص كل دعوى ، أو حق، أو أضرار ، ومستقبلاً ، إبراء وإسقاطاً تامين شاملين لا رجوع عنهما ، فى أى حال من الأحوال . وإقراراً بهذا الواقع قد نظمنا هذا الكتاب ، وفقًا للأصول. وللبيان حرر فى ١٩٩٣/٣/٢٣ . وقع المتبرع وكذلك المتبرع له » .

٤- وجود إقرار من المدعى ، محرر لدى كاتب عدل ، بتاريخ ١٩٩٣/٣/١٣ . وقد صادق عليه الأخير ، وجاء فيه الآتى : « أنا الموقع ادناه اللبنانى الجنسية . مواليد ١٩٦٩ . أقر طائعاً مختاراً بما يلى : أننى بملء إرادتى وحريتى أوافق على وهب السيد (المتبرع له) إحدى الكلى ، بعد أن اجرينا الفحوصات ، وبالتالى ، وعلى مسئوليتى بإجراء العمليات الجراحية اللازمة لنقل الكلوه المذكورة من جسمى إلى جسمى السيد (المتبرع له) . وهذا ما إعتبره واجباً على تجاه أبناء بلدى ، وتجاه الإنسانية جمعاء ، والمعذبة فى هذا الزمن الردئ ، وإشعاراً بما جاء بهذا السند وقعته على نفسى ليعمل به عند الحاجة طالباً من حضرة الكاتب العدل تسجيله لدى دائرته حسب الأصول» .

وحيث أنه يتبين مما سبق ، أن الشروط المطلوبة قانوناً ، لأخذ وزرع الكلية قد توافرت فى هذه القضية ، برضاء المدعى ، وحسب الأصول ، بما لا يشكل حرماً .

وحيث أن قول المدعى بصورية إقرار الهبة ، فلا يمكن التوقف عنده أمام هذه المحكمة ، لأنه وارد فى مستند رسمى منظم ، لدى كاتب عدل ، مما يتعين الأخذ به ، طالما لم يبطل من المرجع المختص .

وحيث أن جرم الإحتيال المعاقب بالمادة ٦٥٥ عقوبات ، والمسند إلى

المدعى عليه غير متوفر ، لأن موضوع النزاع يتعلق بعضو بشرى يخرج عن مفهوم المال الذى يرد عليه الإحتيال .

وحيث أن جرم المادة ٥٦٥ عقوبات يتطلب خطأ جزائياً فى صورة إهمال ، أو قلة إحتراز ، أو عدم التقيد بالقوانين ، أو الأنظمة ، الأمر غير المتوافر ، ولا دليل عليه .

وحيث أنه ، من جهة أخرى ، فإن المدعى يعتبر المدعى عليهم شركاء ومتدخلين فى جرم المادة ٥٦٥ عقوبات ، وهو جرم غير قصدى ، لا يقوم فيه الإشتراك أو التدخل القاصرين على الجرم القصدى ، ما إستقر عليه الإجتهاد التمييزى اللبنانى .

وحيث أنه بالتالى يتوجب كف التعقيبات الجزائية عن المدعى عليهم ، لجهة جرمى المادتين ٦٥٥ و٥٦٥ عقوبات ، لإنتفاء العناصر ، فضلاً عن البراءة منها ، لإنتفاء الدليل على الخطأ الجزائى.

٣١٥ - (د) عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية فى القانون السورى :

أما بالنسبة للقانون السورى ، فقد صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٢ ، والمعدل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٦ ، وأجاز المشرع نقل أى عضو ما ، وأحشاء ، أو جزء منها كالكلية ، والعين ، وغرسه ، أو تصنيعه لمريض أخر يحتاج إليه. وحددت المادة الثانية منه إمكانية نقل الأعضاء ، وغرسها من حى إلى حى ، فى حالتين :

(١) كون النسيج ، أو العضو منقولاً من وإلى نفس الجسم الذى يتلقاه .

(٢) كون النسيج ، أو العضو منقولاً من جسم إلى أخر ، ووفقاً لمجموعة من الشروط ، وهى :

– أن لا يقع النقل على عضو أساسى للحياة ، حتى لو كان ذلك بموافقة المتبرع .

- أن تقوم لجنة أطباء ، مؤلفة من ثلاثة أطباء إختصاصيين بفحص المتبرع ، لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسمه ، لا يشكل خطراً على حياته .

- أن لا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة حرة ، غير مشوبة ، شريطة أن يكون المتبرع متمتعاً بكامل أهليته .

- أن لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توامين . ويشترط فى هذه الحالة موافقة الأبوين فى حال وجودهما ، أو أحدهما ، أو الولى الشرعى .

وهذا الشرط ، قد إنفرد به القانون السورى .

- أن تقوم لجنة طبية ، مؤلفة من ثلاثة أطباء إختصاصيين ، غير الأطباء الذين سيقومون بعملية الغرس ، بتقرير مدى حاجة المستفيد لعملية النقل .

وأيضاً ، ينفرد بهذا الشرط القانون السورى .

- أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه ، أو جزء منه ، لقاء بدل مادى ، أو لغاية الربح ، على أن يكون له الحق ، أى المتبرع ، بالعلاج فى مشافى الدولة ، على نفقتها .

وهذا الشرط ، الذى يوجب التنازل دون مقابل مادى ، يشترك فيه المشرع السورى ، مع المشرع اللبنانى ، والأردنى ، والكويتى ، ولكنه ينفرد بإعطاء المتبرع الحق بالعلاج المجانى ، فى مشافى الدولة .

وأوجب المشرع السورى أيضًا ، وفى المادة (٨) إجراء عملية الغرس فى جسم المستفيد ، بموافقته الخطية والصريحة ، إن كان كامل الأهلية ، ومن وليه الشرعى ، إن كان قاصراً ، ومن عائلته ، إن كان غير قادر على الإفصاح عن إرادته .

وبذلك ، إنفرد القانون السورى عن سائر القوانين العربية .

وإنفرد كذلك بمبدأ مجانية عملية النقل ، والغرس ، والإقامة فى المشافى ، والعلاج للمواطنين السوريين ، فى حين ترك تحديد تعريفة هذه العمليات ، بالنسبة لغير السوريين العرب ، لوزارة الصحة (م٩,٨) (١) .

---

(١) د. سمير الديات – السابق – ص١٢٩ ، ١٣٠ .

المطلب الثالث

التطبيقات القضائية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

٢١٦ - تمهيد :

فى إطار إستعراضنا للتطبيقات القضائية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، نبدأ أولاً بعرض التطبيقات الخاصة بعمليات نقل الدم ، ثم من بعد بعرض التطبيقات الخاصة بجراحات ونقل وزرع الأعضاء البشرية الأخرى ، ما خلا الدم .

٢١٧ - أولاً : التطبيقات القضائية الخاصة بعمليات نقل الدم :

قد يحتاج المريض ، فى مرحلة ما من مراحل علاجه إلى نقل بعض الدم إلى شرايينه ، بهدف إنقاذه من ضرر وشيك يتهدده . وهنا يتوجب على الطبيب ، أن يراعى – عند نقل الدم إلى المريض – الا ينقل إليه دمًا من فصيلة أخرى غير فصيلة دمه ، حتى لا يصاب بأضرار قد تكون جسيمة كما يتوجب عليه الا ينقل إليه دمًا ملوثًا بجراثيم مرض معد ، حتى لا تنتقل إليه عدوى هذا المرض .

وقد إعتبر إلتزام الطبيب الناشئ عن عمليات نقل الدم ، فى بداية الأمر شأنه فى ذلك شأن إلتزامات الطبيب بالأخرى – إلتزاماً ببذل عناية . وكان هذا أمراً طبيعياً ، فى ضوء غياب الأجهزة الطبية الأكثر تطوراً ، والتى أصبحنا نألفها فى العصر الحديث . غير أن بعض القضاء والفقه قد بدأ الآن يتجه نحو إعتباره إلتزامًا بتحقيق نتيجة للأسباب المشار إليها .

وفى هذا السياق ، يمكن القول بأن المرض المسمى « سيفيليه » ، والذى ثبت علميًا أنه توجد مرحلة من مراحله ، تسمى بالمرحلة

الصامتة ، يمكن فيها للمتبرع بالدم ، أن ينقل عدوى المرض للمريض الذى تم نقل بعض دمه إليه ، يمكن القول بأن مسئولية الطبيب لا تنعقد فى هذه الحالة ، لأن فحص دم المتبرع - إبان تلك الفترة - كان سلبياً (١) .

ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من مسئولية الطبيب عن إصابة المريض بمرض الزهرى ، نتيجة نقل دم محمل بجراثيم هذا المرض إليه ، وإعتبرت أن الإلتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة ، هى تقديم دم سليم ، ويتفق فى فصيلته مع دم المريض (٢) .

وأيضًا ، ما قضت به محكمة «تولون» بفرنسا ، من مسئولية الطبيب الذى يحلل دم المريض لتحديد فصيلته لأن إلتزامه فى هذه الحالة إلتزام بتحقيق نتيجة ، وتقوم مسئوليته عن غلطة فى تحديد فصيلة الدم ، بغير حاجة إلى إثبات خطئه فى تحليله ، لأن هذا التحديد يجرى فنيًا ، وفقًا لقواعد دقيقة وثابتة ، يجب أن تؤدى حتماً إلى نتيجة صحيحة (٣) .

وإن كان القضاء فى فرنسا قد ذهب فى هذا المجال ، إلى حد إلزام الطبيب بنتيجة بصدد عملية نقل الدم ، أى ضمان ألا يترتب على عملية النقل فى ذاتها أى أضرار للأطراف ، نظراً للتقدم العلمى

---

(١) عن د. محمود سعد - السابق - ص٤٥٠ ، ٤٥١ وهامش رقم (٣) Trib. civ. seine : 18/12/1947. D : 1948 - 107 .

(٢) نقض فرنسى فى ١٧ ديسمبر ١٩٥٤ - دالوز ١٩٥٤ - قسم القضاء ص٢٦٩ ، وتعليق روديير . ومنشور كذلك فى J.C.P. ١٩٥٥ - ٢- ٨٤٩٠ ، وتعليق «سافاتييه» .عن د. رشدى - السابق - ص١٤٥ وهامش رقم (٣) .

(٣) محكمة إستئناف «تولون» فى ١٤ ديسمبر ١٩٥٩ -عن د. رشدى - السابق - ص١٤٥ ، ١٤٦ ، وهامش رقم (١) .

الكافى فى هذا المجال ، إلا أن هذا لا يعنى ضمان النتيجة النهائية ، وهى مدى فعالية الدم فى شفاء المريض (١) .

ومتى قامت القرينة على خطأ الطبيب فى عمليات نقل الدم ، فإن هذا الطبيب لا يستطيع نفى هذه القرينة بمجرد إدعائه أنه قد إستند إلى عادة جرت على عدم القيام بفحص دم المنقول منه الدم ، إلا على فترات متباعدة (٢) فمثل هذه العادة المهنية لا تكفى لإعفاء الطبيب من المسئولية ، إذ يكون للمحكمة حرية تقديرها ، ولها أن ترفض إعتمادها ، إذا رأت عدم إتفاقها مع قواعد الحيطة اللازمة (٣) .

وإذا تتبعنا مسار القضاء المصرى فى هذا المجال ، لوجدنا أنه سار على ذات الإتجاه الفرنسى من إعتبار إلتزام الطبيب فى عمليات نقل الدم إلتزاماً محدداً ، محله تحقيق نتيجة ، وليس مجرد بذل عناية .

ومن القضايا التى عرضت فى هذا الشأن ، على ساحة المحاكم المصرية، ما قضت به محكمة المنصورة الإبتدائية من أنه ، لما كان الثابت من المستندات المقدمة من المدعى عن نفسه وبصفته ، وهى صورة التذكرة الخاصة بالمريضة المتوفاة (مورثة المدعى) ، والتى أثبت بها تقرير الدكتورة ... أن مورثة المدعى إحتاجت إلى نقل دم ، ولم توجد طبيبة بنك الدم النوبتچية بالمستشفى ، فتوجه أحد الأطباء ، وهو المدعى عليه الرابع لعمل الفصيلة ، وأحضر كيس دم ، وتم تركيبه للمريضة . وهذا الدم من فصيلة (B) ، فحدث إنخفاض مفاجئ فى حفظ الدم ، فطلبت طبيبة التخدير كيساً آخر ، وأخذ

---

(١) عن د.منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٤٧ وهامش رقم (٧١) Toulouse 11 déc. 1959 D. 1960 - 181 .

(٢) عن د. محسن البيه – السابق – ص٢١٤ ، ٢١٥ وهامش رقم (١) Paris 26 avr. 1948, D. 1948, 272 .

(٣) عن المرجع السابق – ص٢١٥ وهامش رقم (٢) Paris 26 avr. 1948 précité .

لها المدعى عليه الرابع كيساً آخر ، ولم تتحسن حالة المريضة ، فتوجهت الدكتورة ... « المدعى عليها الثالثة » لبنك الدم لإحضار كيس آخر ، وقامت بعمل الفصيلة ، فوجدتها (AB) ، فتم إستدعاء رئيس قسم الدم الذى قام بعمل الفصيلة ، ووجدها (AB) . وقد توفيت المريضة نتيجة صدمة عصبية شديدة ، وهبوط حاد غير مرتجع بالضغط . وأيضاً ثابت ببلاغ الوفاة الخاص بمورثة المدعى ، أنه نتيجة أخذ عدد ٢ كيس دم ، من فصيلة غير فصيلة المريضة ومن ثم فإن المدعى عليه الرابع يكون قد أخطأ خطأ يرتب مسئوليته ، إذ كان يتعين عليه أن ينقل الدم إلى مورثة المدعى من فصيلة تتفق مع فصيلة دمها. وهو إلتزام محدد محله تقديم دم مناسب وسليم . أيضاً فقد أخطأ فى تحديد فصيلة دم المذكورة على نحو دقيق ، ومن ثم فإنه يكون مخلاً بإلتزامه ، وتقوم مسئوليته العقدية عن الضرر الذى ألحقه بمورثة المدعى ، على نحو ما سلف البيان (١) .

٣١٨ - ثانياً : التطبيقات القضائية الخاصة بجراحات نقل وزرع الأعضاء :

عرفنا مما سبق أن عمليات زرع الأعضاء ، لا تعتبر مشروعة ، إلا إذا كانت هناك حالة من حالات الضرورة أو العلاج ، ذلك أنه بغير وجود هذه الحالة ، يعد إجراء مثل هذه العمليات إعتداء على حق الإنسان فى سلامة جسمه ، والذى لا يجوز التصرف فيه إلا فى حالات إستثنائية محددة ، مع توافر شرط قصد العلاج ، ذلك أنه ليس من صالح المجتمع أن يتلف جسد أحد أعضائه ، أو يشوه لمصلحة شخص آخر ، دونما ضرورة ، أو مبرر من المصلحة العامة . أما بالنسبة لمسألة صدور الرضاء من الشخص الواهب ، فهذا

---

(١) محكمة المنصورة الإبتدائية فى الدعوى رقم ٧٥٦٤ لسنة ١٩٨٤ مدنى كلى المنصورة .

الرضاء لا أثر له طالما أنه صدر باطلاً ، لتعلق الأمر بمصلحة لا يمكن التصرف فيها ، ما لم يكن هناك عامل من العوامل المتصلة بالعلاج ، أو المصلحة الإجتماعية ، فضلاً عن وجود حالة من حالات الضرورة ، حيث ترتقى المصلحة فيها إلى درجة تتفوق فيها على المصلحة التى تم التضحية بها « مصلحة المتبرع فى سلامة جسمه » .

وعلى أية حال ، فإنه من الضرورى ، أن تتطابق هذه العمليات – كما أسلفنا البيان – مع الآداب العامة ، وأن لا تخالف – بأية حال من الأحوال – قواعد النظام العام ، وأن لا يكون لها آثار جسيمة ، على سلامة الجسم .

وفى هذا الصدد ، فسوف نعرض لإحدى القضايا التى أثارت جدلاً فى إيطاليا ، وهى تتعلق بأحد الشباب ، الذى يدعى « بول سلفاتور» .

وتتلخص وقائع هذه القضية ، فى أن هذا الشاب كان متواجداً بإحدى مستشفيات إيطاليا للعلاج ، عندما سمع حديث الأطباء عن الثرى البرازيلى « لابونيا » ، البالغ من العمر أربعين عاماً ، والذى فقد مقدرته الجنسية ، نتيجة إسرافه الشديد ، حول رغبته فى إجراء عملية زرع له ، وعلى الفور تدخل هذا الشاب فى الحديث ، عارضاً إستعداده لإعطاء هذا الثرى إحدى خصيتيه ، مقابل مبلغ عشرة آلاف ليرة إيطالى . وبالفعل قام الطبيب بإجراء هذه العملية ، فى ١٩٣٠/٨/٢٧ ، ونجحت العملية نجاحاً تاماً .

وعندما وصل الأمر إلى النيابة العامة ، حيث قامت بدورها بإحالة الشاب إلى الكشف الطبى ، والذى تبين من نتيجته أنه شفى فى خلال ثمانية أيام ، من تاريخ إجراء العملية ، كما ثبت من الكشف أنه لا يعانى من أية آلام بدنية أو نفسية ، من جراء العملية ، وأن بقاءه بخصية واحدة ، لا يمنعه من الزواج والإنجاب .

وبعد الإنتهاء من التحقيق ، قررت النيابة العامة ، تحويل الأطباء

الذين أجروا له العملية إلى محكمة « نابولى » الجزائية ، بتهمة الإيذاء المقصود ، الذى أدى إلى إحداث ضعف لعضو من أعضاء الإنسان . وقد تقرر إعتبار الثرى البرازيلى مساهمًا فى هذه الجريمة بالتحريض .

وقد مثل النيابة العامة فى هذه القضية ، الفقيه الإيطالى «بيتروشيلى » . ومما جاء على لسانه ، أن الرضاء فى العمليات الجراحية العادية ، يبرر إجراءها ، لكن فى حالة لشاب « سلفاتور » ، فإن الإعتداء قد أحدث ضعفاً دائمًا فى أحد أعضاء جسمه ، ولهذا ، فإن الإعتداء قد وقع على مصلحة لا يمكن التصرف فيها ، ومن ثم فإن رضاء المجنى عليه، لا يترتب عليه أى أثر قانونى ، لإباحة هذه الجريمة.

على أن المحكمة أصدرت حكمها ببراءة المتهمين ، وإعتبرت أن رضاء المجنى عليه ، يبرر الإعتداء على سلامة الجسم ، طالما أن الإعتداء الذى حدث ، لا يؤدى إلى عجز المجنى عليه من القيام بدوره العملى فى مجتمعه وعائلته . وأن نزع خصية من الخصيتين ، من أى رجل ، لا يحدث أى ضرر ، فالجراح الذى قام بالعملية ، ونزع خصية الطالب ، بقصد زراعتها فى جسم البرازيلى ، الذى كان عاجزاً عن الإنجاب ، قد أحدث جرحًا بسيطاً ، يمكن تبريره ، برضاء المجنى عليه(١) .

تم إستئناف قرار المحكمة الجزائية ، من قبل النيابة العامة . وبتاريخ ١٩٣٢/٤/٣٠ ، أيدت محكمة الإستئناف القرار ، ولكن لأسباب أخرى مفادها ، أن العملية الجراحية التى من شأنها رفع خصيته من شخص ، لزرعها فى آخر ، لا تؤدى دائمًا إلى إضعاف

---

(١) حكم محكمة «نابولى» الجزائية ، فى ١٩٣١/١١/٢٨ – مجلة العدالة الجنائية – الجزء الثانى – رقم٥٩٢ – سنة ١٩٣٢ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص١١٦ ، وهامش رقم (١) ، حيث تشير إلى د. محمود صبحى نجم – ص٣٠٠ . ود. أحمد شوقى عمر أبو خطوة – ص١٣٦ .

عضو التناسل ، وبالتالى لا يمكن العقاب عليها ، وذلك لإنعدام القصد الجرمى ، لأن الشخص الذى تنازل عن إحدى خصيتيه ، قد قام بذلك، وهو يعلم بهذه التضحية .

كما تم الطعن على هذا القرار ، أمام محكمة النقض الإيطالية ، والتى أيدت بدورها الحكم المطعون فيه، بقرارها المؤرخ ١٩٣٤/١/٣١، ورفضت الطعن المقدم من النيابة (١) .

على أن البعض من الفقه (٢) ، يعترض على حكم محكمة النقض الإيطالية ، على أساس أن الخصية ليس لها دور واحد فقط ، هو جعل الشخص قادراً على الإنجاب ، بل أن لها وظائف أخرى ، ذلك أنه من المعروف ، والحديث لصاحب هذا الرأى - أن لأعضاء الجهاز التناسلى، وظائف ثلاثة هى : إزالة السوائل الزائدة « التبول » ، وإفراز المواد المنوية ، وإجراء العملية الجنسية ، فإذا كان نزع الخصية لن يؤثر على التبول ، فهو بلا شك سوف يؤثر على كمية المواد المنوية ، التى لها قيمتها بالنسبة للتناسل .

ونحن نرى أن ما إنتهت إليه المحاكم الإيطالية ، فى هذه القضية ، هو الصواب ، ذلك أنه من البديهى أنه فى حالات نقل وزرع الأعضاء ، لابد وأن تكون هناك بعض الآثار السلبية ، التى تؤثر بالضعف على سلامة جسم المتبرع .

وليس أدل على ذلك من أن نقل عضو مثل القرنية ، أو الكلى ، أو العظم ، سوف يؤثر بالضرورة على سلامة جسم المتبرع ، فالذى تبرع بقرنيته حال حياته ، سوف يشعر بالضعف ، لفقده إبصار إحدى عينيه ، وكذا من تبرع بالكلى ، أو العظم ، أو الجلد ... إلخ .

---

(١) قرار محكمة «نابولى» الإستئنافية ، الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٤/٣٠ - مجلة العدالة الجنائية - الجزء الثانى - البند ١٦٧٩ . انظر د. محمد نجم - ص٣٠٠ . عن د.سميرة الديات - ص١١٧ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع رأى الدكتورة سميرة الديات - السابق - ص١١٧ .

وإذا لم يكن الأمر كذلك ، فما معنى الحديث عن وجود مصلحتين: إحداهما ، وهى مصلحة من سينقل إليه العضو ، أعلى من مصلحة المتبرع له به ، ومن ثم تفضيل مصلحة الأول ، على مصلحة الثانى .

ومن المعلوم ، أن القضاء يترك الفصل فى هذه الأمور للأطباء ، الذين يستطيعون - بحكم الخبرة - تقدير مدى النقص ، أو الضعف، الذى يصيب المتبرع ، من جراء نزع العضو المطلوب نزعه منه ، وتأثير ذلك على ممارسته لحياته بصورة طبيعية ، أو قريبة من ذلك ، ومن ثم تقرير إمكانية نزع هذا العضو منه ، من عدمه .

فإذا تبين أن المتبرع سوف يصيبه ضرر فاحش ، فإن الأطباء ، فى هذه الحالة ، سوف يقررون عدم ملاءمة النقل ، أما إذا كان الضرر الذى سيلحق بالمتبرع ، لن يؤثر على ممارسته لحياته بصورة طبيعية- وإن كان سوف يؤدى بطبيعة الحال إلى بعض النقص أو الضعف فى جسم المتبرع - فإنهم لن يمانعوا فى إجراء النقل من المتبرع ، والزرع فى جسم المتبرع إليه .

ولعل فى الحكم الصادر من محكمة « كولورادو » ، فى سنة ١٩٧٢(١)، ما يوضح ذلك :

وتتلخص وقائع هذه الدعوى ، فى أن طفلة عمرها ثمانية سنوات، أصيبت بمرض فى إحدى الكليتين ، وأشار الأطباء بسرعة نقل إحدى كليتى شقيقتها التوأم ، حفاظاً على حياتها ، وقد رفض أطباء المستشفى إجراء الجراحة ، رغم موافقة الوالدين والأخت ، على

---

(١) عن د. سميرة الديات - السابق - ص١٤٩ ، وهامش رقم (١) Hart v. Brown 29 Comin. Supp. 368. 289 - A - 2 D 386 - 1972 " The twins had a strong indentification with one another and that giving up the kidney would be of great benefit to the donner " .

إعتبار أن الموافقة القاصر لا تكفى بذاتها لإستقطاع عضو من أعضاء جسمه، كما أنها لا تشكل سنداً للإعفاء من المسئولية .

وعندما رفع الأمر لمحكمة « كولورادو » وأقرت بحق الأخت فى إعطاء شقيقتها إحدى كليتهما السليمتين ، وأمرت بإجراء العملية على وجه السرعة ، وقالت المحكمة :

« أن للوالدين الموافقة على نقل الكلى ، إذ أن ذلك سيحقق مصلحة مؤكدة للمتلقى القاصر ، بالنظر إلى الأضرار البسيطة التى قد تلحق بالمعطى » .

« كذلك إستشعرت المحكمة أن الأختين بينهما رباط نفسى وعاطفى وثيق ، وأن الأفضل أن تعيشا معًا . إذ الصدمة من وفاة أحدهما ، تفوق فى أثرها القدر المحدد المنتقص من المعطى ، وفى حالة المتبرع ، أى أن الحفاظ على الترابط الأسرى ، والألفة بين الأختين ، يشكل فى ذاته مصلحة مؤكدة ،حتى بالنسبة للأخت التى لا تعانى أية متاعب صحية » (١) .

ويشترط أن يكون نقل العضو من المتبرع البالغ ، قد سبقه الحصول على رضائه الحر بذلك ، بل إن بعض التشريعات تشترط فى المتبرع ، أن يكون فى حالة نفسية وعقلية ، تتيح له التعبير عن إرادته (٢) .

وبطبيعة الحال ، فإن هذا الحق يظل ثابتًا للمتبرع ،حتى وإن ترتب على رفضه نقل العضو منه ، فوات فرصة شفاء شخص أخر .

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص١٤٩ ، وهامش رقم (٢) The opration was in the best interests of the intended donor due to her strong sibling affinity circumstance " .

(٢) ومن امثلة هذه التشريعات ، التشريع السورى ، والتشريع الأردنى . انظر د.سميرة الديات – السابق – ص١٤٢ .

وعلى ذلك ، فقد رفضت محكمة « بنسلفانيا » ، في عام ١٩٧٨ ، إجبار شخص على نقل جزء من النخاع العظمي (Bonne marrow) إلى إبن عمه المريض ، معللة ذلك بأنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان ، دون رضاء حر من جانبه ، حتى وإن ترتب على هذا الرفض فوات فرصة محققة ، لشفاء شخص آخر (١) .

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص١٣٧ ، وهامش رقم (٢) Mcfall v. shimp no
. 78 - 1771 in equity (c. p Allegheny) county pA.july 26. 1978)

المبحث الثانى

نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى

٣١٩ - تمهيد وتقسيم :

فى إطار بحثنا فى عمليات نقل الأعضاء البشرية من الموتى ، فإنه يتعين علينا أن نبدأ بعرض الموضوع – كما فعلنا بالنسبة لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء – من وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم من بعد للموقف فى نطاق القوانين الوضعية .

وعلى ذلك ، فسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث ، على النحو التالى:

المطلب الأول : نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى: نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى فى القوانين الوضعية.

المطلب الأول

نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى في الشريعة الإسلامية

٣٢٠ - أولاً : مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الموتى فى الشريعة الإسلامية :

إن الله - سبحانه وتعالى - كرم الإنسان ، وفضله على كثير من خلقه ، ونهى عن إبتذال ذاته ونفسه ، والتعدى على حرماته ، حياً أو ميتًا . وعلى ذلك ، فقد كان من مقاصد التشريع الإسلامى حفظ النفس ، كما يدل عليه قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين ﴾ (١) . وأيضاً ﴿ لا تلقوا بأنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ (٢) .

وخروجًا على مبدأ حرمة المساس بالجثة ، فقد أباح الإسلام المساس بالجثة فى مواضع الضرورة التى تبيح هذا المساس . ومن هذه المواضع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية ، من جواز شق بطن الميت لمصلحة راجحة . كما أجازوا أكل لحم الميت المعصوم ، فى حالة الضرورة ، لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت (٣) .

ويجوز أخذ عضو من أعضاء جسم الميت ، أو جزء من عضو ، لنقله إلى جسم إنسان حى ، إن تغلب على ظن الطبيب إستفاده الحى بالجزء المنقول إليه ، رعاية للمصلحة الراجحة التى إرتأها الفقهاء

---

(١) الآية رقم ١٩٥ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .

(٣) الفيروز أبادى - المهذب ج١ - ص٢٥٨ ، احمد بن محمد الصاوى - بلغة السالك لأقرب المسالك ج١ - ص٦٨٣ . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٢٨ ، وهامش رقم (٥) .

القائلون بشق بطن التى ماتت حاملاً ، والجنين يتحرك فى أحشائها ، وترجى حياته بعد إخراجه ، وإعمالاً لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» ، وأن «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» التى سندها الكتاب والسنة . وبتطبيق هذه القواعد ، يجوز أخذ الأعضاء من الميت، لغايات زرعها فى الحى ، صوناً لحياته ، متى رجحت فائدتها وحاجة هذا الأخير للجزء المنقول إليه (١) .

ويجوز نقل قرنية من إنسان ، بعد التأكد من موته ، وزرعها فى عين إنسان مسلم ، شريطة أن يكون مضطراً إليها ، وفى ذات الوقت غلب الظن نجاح عملية زرعها ، ما لم يمنع أولاده ذلك ، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين ، وارتكاب أخف الضررين ، وإيثار مصلحة الحى على مصلحة الميت ، وأنه يرجى للحى الإبصار بعد عدمه (٢) .

ويجوز فصل عضو ، أو جزء منه ، من إنسان ميت إلى مسلم ،إذا اضطر إلى ذلك ، وأمنت الفتنة فى نزعه ، وغلب على الظن نجاح زرعه، فيمن سيزرع فيه (٣) .

وقال اللّه تعالى : ﴿ ولقد كرمنا بنى آدم ﴾ .

وعليه، فإن عملية زرع القلب ، ونقل الأعضاء ، من شخص ميت، فى حال وفاته ، جائزة شرعًا ، إذا تبين أن هذا الجزء من الميت ينتفع به الحى ، ولا يعتبر إهانة للميت ، لأنه سيفيد حيًا ، والحى كما

---

(١) مقال شيخ الأزهر د. جاد الحق على جاد الحق – جريدة اللواء الإسلامى – ٩ رجب ١٤٠٦ هـ ٢٠ مارس ١٩٨٦ – مجلة المحاماة – العدد ٧ ، ٨ أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٨٠ – مقال بعنوان « الشريعة الإسلامية ونقل الأعضاء من إنسان إلى آخر » . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٣٨ ، ٢٣٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) مضمون قرار هيئة كبار العلماء – رقم ٢٦ ، فى ١٣٩٨/١٠/٢٥ هـ (السعودية) . عن د. سميرة لديات – ص٢٣٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) مضمون قرار هيئة كبار العلماء – رقم ٩٩ ، فى ١٤٠٢/١١/٦ هـ (السعودية) . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٣٩ ، وهامش رقم (٣) .

يقال أبقى من الميت ، ومثل هذا العمل يقصد به منفعة ، وهو الحى بما لا يتضرر به الميت ، فلا مانع شرعًا من جواز ذلك ، جريًا على قاعدة الشريعة الإسلامية « إذا دار الأمر بين محظورين ، يصار إلى أخف الضررين » (١) .

وذهب البعض إلى جواز نقل الكلى من الميت إلى الحى ، بدون قيد أو شرط ، ويبقى من المستحسن فى هذه الحالة أخذ رأى أهل المتوفى، كناحية نفسية فقط ، حتى إذا رفضوا لا يملكون التصرف ، لأنهم لا يرثون الجسد الذى يعتبر ملكًا للمجتمع (٢) .

ولقد جاءت فتوى دار الإفتاء المصرية ، تبيح عملية زرع ونقل الأعضاء من ميت إلى حى وفيما يلى نص هذه الفتوى :

« إننا بحثنا هذا الموضوع ، ووجدنا أن الإنسان بعد موته ، يجب المحافظة عليه ، ودفنه ، وتكريمه ، وعدم إبتذاله ، فقد ورد عن الرسول، صلى الله عليه وسلم ، النهى عن كسر عظم الميت ، لأنه ككسره حيًا ، ومعنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمته حيًا ، فلا يعتدى عليه بكسر أو شق ، أو غير ذلك ، وإخراج عين الميت كإخراج عين الحى يعتبر إعتداء عليه غير جائز شرعًا ، إلا إذا دعت إليه ضرورة ، تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذى يصيب الميت ، وذلك لأن قواعد الدين الإسلامى مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف ، لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر ، فإذا كان أخذ عين الميت لترقيع قرنية عين المكفوف الحى ،

---

(١) فتوى الأزهر الشريف الخاصة بنقل الدم ونقل القلب ، من إنسان لآخر ، عرضها الدكتور إبراهيم نجاتى – ندوة الكلى والكلى الصناعية – المجلة الجنائية القومية – مارس ١٩٧٨ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٣٩ ، وهامش رقم (٤) .

(٢) الشيخ د. عبد الرحمن النجار – ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية – منشورة بالمجلة الجنائية القومية – مارس ١٩٧٨ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٣٩ ، ٢٤٠ ، وهامش رقم (١) .

يحقق مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الميت ، جاز ذلك شرعاً ، لأن الضرر الذى يلحق بالحى المضطر لهذا العلاج ، أشد من الضرر الذى يلحق بالميت ، الذى تؤخذ عينه بعد وفاته ، وليس فى هذا إبتذال للميت ، ولا إعتداء على حرمته المنهى عنها شرعاً ، لأن النهى يكون إذا كان الإعتداء ، لغير مصلحة ، أو لغير حاجة ماسة » (١) .

كما جاء أيضاً ، فى الإستعانة ببعض طبقات جلد الميت فى علاج الحروق المصاب بها الحى ، ما يلى :

« أن هناك قاعدة يحرص عليها الدين كل الحرص ، ويحوطها بسياج متين من رعايته هذه القاعدة ، وهى أن للميت حرمة يجب المحافظة عليها ، ويجب أن يكرم الميت ، وإلا يبتذل ، لأنه قد ورد عن الرسول ، صلى اللّه عليه وسلم ، النهى عن كسر عظم الميت ، لأنه ككسره حيًا ، ومن هذا يتضح لنا أن للميت حرمة كحرمته حياً ، فلا يتعدى عليه بكسر ، أو شق ، أو غير ذلك . وعلى هذا فيكون أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد وفاتهم ، فيه إعتداء عليهم ، وغير جائز شرعًا ، إلا إذا دعت إليه ضرورة ، تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذى يصيب الميت، وذلك لأن قواعد الدين الإسلامى مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف ، لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر ، فإذا كان أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد وفاتهم ، لعلاج الحروق الجسيمة ، والعميقة بالإنسان للأحياء ، تحقق مصلحة ، ترجح مصلحة المحافظة على الميت ، جاز ذلك شرعًا ، لأن الضرر الذى يلحق بالحى المضطر لهذا العلاج ، أشد من الضرر الذى يلحق الميت الذى تؤخذ الطبقات

---

(١) الفتوى رقم ١٨٨ ، الصادرة عن مفتى الديار المصرية ، بتاريخ ١٣ محرم ١٣٩٤ ، الموافق ١٩٧٤/٢/٥ - فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف - منشورة بجريدة المصرى ، بتاريخ ١٩٩٤/٤/١١ . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٤٠ ، وهامش رقم (٢) .

السطحية من جلده ، وليس فى هذا إبتذال للميت ، ولا إعتداء على حرمته المنهى عنها شرعاً ، لأن النهى إنما يكون إذا كان التعدى لغير مصلحة راجحة ، أو غير حاجة ماسة ، ونرى قصر هذا الجواز على الموتى الذين لا أهل لهم . أما الأموات الذين لهم أهل ، فإن أمر أخذ الطبقات السطيحة من جلدهم يكون بيدهم ، وبإذنهم وحدهم ، فإذا أذنوا جاز ذلك ، وإلا فلا يجوز بدون إذنهم » (١) .

وإستطراداً لهذه الفتاوى ، والخاصة بمشروعية نقل الأعضاء من جثة المتوفى ، لزرعها فى جسم إنسان أخر حى ، فقد قامت بمصر مؤسسة علمية إجتماعية تسمى دار الإبصار ، تأسست فى شهر يناير سنة ١٩٥١م ، ومن أغراضها إيجاد مركز لجمع العيون التى تصلح لعملية ترقيع القرنية ، وتوفيرها ، وإيجاد المواد الأخرى اللازمة لهذه العملية الخاصة بإسترداد البصر ، وتحسينه ، وتوزيع العيون الواردة إلى الدار على الأعضاء ، وطلبت الدار من مصلحة الطب الشرعى ، بتاريخ ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥١ السماح لها بالحصول على العيون اللازمة لهذه العملية من دار فحص الموتى ، الملحقة بمصلحة الطب الشرعى ، ونظراً إلى أن الجثث التى تنقل إلى دار فحص الموتى للتشريح ، لمعرفة أسباب الوفاة ، كلها خاصة بحوادث جنائية ، طلبت المصلحة بكتابها المؤرخ ١٨/٢/١٩٥٢م ، من قسم الرأى والفتوى ، إبداء الرأى فى هذا الطلب . وكان كتاب القسم المؤرخ ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ برقم١٥٢ المتضمن طلب بيان الحكم الشرعى فى هذا الموضوع . وكان جواب دار الإفتاء ، على النحو التالى :

الجواب : إنه واضح مما ذكر أن الباعث على طلب هذه المؤسسة

---

(١) المفتى الشيخ محمد خاطر – الفتاوى الإسلامية – دار الإفتاء المصرية – المجلد السابع – ص٢٥٠٥ – الفتوى رقم ١٠٦٩ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٤٠ ، ٢٤١ ، وهامش رقم (١) .

الحصول على عيون بعض الموتى ، إنما هو التوصل بها فنياً إلى دفع الضرر الفادح عن الأحياء المصابين فى أبصارهم ، وذلك مقصد عظيم تقره الشريعة الإسلامية ، بل تحث عليه ، فإن المحافظة على النفس من المقاصد الكلية الضرورية للشريعة الغراء ، فإذا ثبت علميًا أن ترقيع القرنية لهذه العيون ، هو الوسيلة الفنية لدرء خطر العمى ، أو ضعف البصر عند الإنسان ، يجوز شرعاً نزع عيون بعض الموتى لذلك ، بقدر ما تستدعيه الضرورة لوجوب المحافظة على النفس من الآفات ، فقد تداوى رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، مما ألم به من الأمراض ، وأمر الناس بالتداوى لإزالة العلل والأسقام فيما هو أقل مما نحن بصدده ، وذلك يستلزم شرعاً مشروعية وسائله ، وجواز إستعمال ما تقتضيه ضرورة التداوى والعلاج ، ولو كان محظوراً شرعاً إذا لم يقم غيره ، مما ليس بمحظور مقامه فى نفعه ، بأن تعين التداوى به ، على أن الواجب شرعًا على الأمة الإسلامية ، أن تختص منها طائفة بالطب والعلاج بقدر ما تستدعيه حاجتها ، وبحسب تنوع أمراضها ، فيجب أن يكون فيها أطباء فى كل فرع الطب ، ومنهم أطباء العيون ، سداً لحاجة الأمة فى هذا الفرع ، بحيث إذا قصرت الأمة فى ذلك ، كانت آثمة شرعًا ، لأن ذلك من قبيل الواجب الكفائى ، وللوسائل فى الشرع حكم المقاصد ، ولذلك جاز أن يباشر طلاب الطب وأساتذته تشريح جثث الموتى ، مادام ذلك هو السبيل الوحيد لتعلم فن الطب ، وتعليمه ، والعمل به ، وبدونه لا يكون طب صحيح ولا علاج ، فيجب أن يمكن أطباء هذه المؤسسة من القيام بهذه المهمة الإنسانية الجليلة ، وعلاج عيون الأحياء بعيون الموتى الصالحة لذلك ، كشفاً للضر عنهم ، ولا يمنع من ذلك ما يرى فيه من إنتهاك حرمة الموتى ، فإن علاج الأحياء من الضرورات التى يباح فيها شرعًا بإرتكاب هذا المحضور ، هذا بتسليم أنه إنتهاك لحرمة الموتى ، ولكن من القواعد الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات . ولذا أبيح عند المخمصة أكل الميتة المحرمة ، وعند الغصة إساغة اللقمة بجرعة من

الخمر المحرمة ، إحياء للنفس ، إذا لم يجد سواهما مما يحل ، وجاز شق بطن الميتة ، لإخراج الولد منها ، إذا كانت حياته ترجى ، بل قيل بجواز شق بطن الميت ، إذا إبتلع لؤلوة ثمينة ، أو دنانير لغيره .

وإباحة المحظورات تقديراً للضرورات قاعدة يقتضيها العقل والشرع . وفى الحديث : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ وقد يبنى عليه كثير من الأحكام ، ولذا قال الفقهاء : الضرر يزال ، فعملاً بهذه القاعدة : يجوز نزع عيون بعض الموتى ، مع ما فيه من المساس بحرمتهم . لإنقاذ عيون الأحياء من مضرة العمى ، أو المرض الشديد . ولا شك أن حاجة الأحياء إلى العلاج ، ودفع ضرر الأمراض ، وخطرها ، بمنزلة الضرورة التى يباح من أجلها ما هو محظور شرعاً .

على أنه إذا قارنا بين مضرة ترك العيون ، والتى تفقد حاسة الإبصار ، وبين مضرة إنتهاك حرمة الموتى . نجد أن الثانية أخف من الأولى . ومن المبادئ الشرعية : « إذا تعارضت مفسدتان تدرأ أعظمهما ضرراً بإرتكاب أخفهما ضرراً » . ولا شك أن الإضرار بالميت أخف من الإضرار بالحى . ويجب أن يعلم أن إباحة نزع هذه العيون لهذا الغرض مقيد بقدر ما تستدعيه الضرورة ، حيث أن الضرورة تقدر بقدرها فقط [1] .

وثمة فتوى أخرى لدار الإفتاء المصرية ، نجتزئ منها ما يلى :

« ... كما نخلص إلى أن جسم الإنسان الميت طاهر ، وما إنفصل منه حال حياته كذلك طاهر ، وإلى جواز شق بطن الميت الآدمى ، لإستخراج جنين حى ترجى حياته ، أو مال إبتلعه قبل وفاته على

---

(١) د. محمد محمود عبد العزيز الزينى – مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذرى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى – مؤسسة الثقافة الجامعية – ص٨١ – ٨٣ .

الإختلاف بين فقهاء المذاهب كما تقدم بيانه ، وإلى أنه يجوز إضطراراً أكل لحم إنسان ميت فى قول فقهاء الشافعية والزيدية ، وقول فى مذهب المالكية ومذهب الحنابلة ، ويجوز أيضاً عند الشافعية والزيدية، أن يقطع الإنسان من جسمه فلذة ليأكلها حال الإضطرار ، بالشروط السابق الإشارة إليها ، ويجوز وصل عظم الإنسان المكسور بعظم طاهر ، على ما تقدم أيضاً فى سنده الفقهى .

وتخريجاً على ذلك ، وبناء عليه ، يجوز شق بطن الإنسان الميت ، وأخذ عضو منه ، أو جزء من عضو ، لنقله إلى جسم إنسان حى آخر، يغلب على ظن الطبيب إستفادة هذا الأخير بالجزء المنقول إليه ، رعاية للمصلحة الراجحة التى إرتآها الفقهاء القائلون بشق بطن التى ماتت حاملاً والجنين يتحرك فى أحشائها وترجى حياته بعد إخراجه ، وإعمالاً لقاعدة : الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، التى سندها الكتاب الكريم ، والسنة الشريفة ، فإن من تطبيقاتها كما تقدم جواز الأكل من إنسان ميت عند الضرورة، صوناً لحياة الحى من الموت جوعاً ، المقدمة على صون كرامة الميت إعمالاً لقاعدتى : إختيار أهون الشرين ، وإذا تعارضت مفسدتان، روعى أعظمهما ضرراً بإرتكاب أخفهما ، وإذا جاز الأكل من جسم الآدمى الميت ضرورة ، جاز أخذ بعضه ، نقلاً لإنسان آخر حى ، صوناً لحياته ، متى رجحت فائدته ، وحاجته للجزء المنقول إليه» .(١)

٣٢١ - ثانياً : إختلاف الفقهاء حول تحديد لحظة الوفاة :

نستطيع القول بأنه بالنسبة لتحديد معيار بدء الوفاة ، أو الموت ، فإنه لا يوجد نص صريح يحدد بداية الموت ، فى معظم الآيات القرآنية، التى ورد بها ذكر كلمة الموت ، ومشتقاتها .

---

(١) الفتاوى الإسلامية – السابق – ص٣٧١٢ ، ٣٧١٣ .

كما أن الفقهاء القدامى ، لم يتعرضوا لتعريف الموت من الناحية الطبية ، لخروج ذلك عن إختصاصهم ، وإن كانوا قد حاولوا تعريفه من الناحية التصويرية ، ومن ناحية علاماته ، ومن ناحية آثاره ، فى مجال الحقوق والديون .

فمن الناحية التصويرية ، قيل بأن الموت هو صفة وجودية خلقت ضد الحياة ؛ لقوله تعالى : ﴿ الذى خلق الموت والحياة ﴾ (١) . وقيد هو عدم الحياة عما شأنه الحياة ، أو ﴿ زوال الحياة ﴾ (٢) .

أما علامات الموت فهى ، إشخاص البصر ، وإسترخاء القدمين ، وإنعواج الأنف ، وإنخساف الصدغين ، وإمتداد جلدة الوجه ، بحيث تخلو من الإنكماش (٣) .

ومن ناحية آثار الموت فى مجال الحقوق والديون ، فمنها زوال التكاليف ، وسقوط العبادات ، وخروج الزوجة عن عهدة الميت ، وما له لوارثه ، وتغسيله ، وتكفينه ، والصلاة عليه ودفنه (٤) .

وإذا كانت النصوص القرآنية قد أفادت بأن الموت يحدث بخروج الروح من الجسد ، إلا أننا لم نجد فيها تفصيلات تتعلق بكيفية حدوث الموت ، ومراحله ، وهو الأمر الذى يرجع فيه ، حسب قواعد

---

(١) سورة الملك آية ٢ .

(٢) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه، لسعد الدين التفتازانى (٢/٣٥٣) ، تيسير التحرير للعلامة محمد أمير المعروف بأمير باداشاه (٢/٢٨١) مكتبة ومطبعة الحلبى بالقاهرة ١٩٣٧م . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص٩٨ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) عن بحث لفضيلة مفتى الجمهورية الشيخ جاد الحق على جاد الحق بعنوان « الشريعة الإسلامية ونقل الأعضاء من إنسان لآخر » ، منشور بمجلة المحاماة – السنة الستون – العدد السابع والثامن سبتمبر وأكتوبر ١٩٨٠ – ص١٦٣ وما بعدها .

(٤) د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٧٠ .

الشرع إلى أهل الذكر ، أى أهل الإختصاص . قال تعالى : ﴿ فإسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ . وأهل الإختصاص فى هذه الحالة هم الأطباء .

وعلى ذلك ، فإن الأطباء يجعلون للموت الحقيقي ثلاث مراحل ، ففى الأحوال العادية ، يحدث الموت الإكلينيكى فى مرحلة أولى ، حيث يتوقف القلب والرئتان عن العمل . وفى مرحلة ثانية ، تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من دخول الدم المحمل بالأكسچين للمخ .

وبعد حدوث هاتين المرحلتين ، تظل خلايا الجسم حية ، لمدة تختلف من عضو إلى أخر ، وفى نهايتها، تموت هذه الخلايا ، فيحدث ما يسمى « بالموت الخلوى » ، وهو يمثل المرحلة الثالثة للموت (١) .

ولقد إختلف العلماء ، حول بدء لحظة الوفاة ، وكان إختلافهم على رأيين ، وذلك على النحو التالى :

٣٢٢ - الرأى الأول : أن معيار الوفاة هو موت جذع المخ :

ذهب بعض العلماء ، إلى أن معيار الوفاة ، هو موت جذع المخ ، حتى ولو تم إستخدام أجهزة الإنعاش الصناعى ، فإذا ماتت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف القلب والرئتين عن العمل ، فلا أمل ، بحسب قدرة بنى أدم وعلمهم ، فى إعادة الحياة إلى المخ ، وبالتالى إلى الإنسان فى مجموعه (٢) .

وبهذا الرأى ، أخذت التوصية الصادرة عن المنظمة الإسلامية

---

(١) انظر فى ذلك : الطب الشرعى - د. صلاح الدين مكارم ، (١/١٤٧ -١٥٠ - ١٦٥) نقابة المحامين بالقاهرة ، ص١٩٩ ، الطب الشرعى .د. محمد سليمان (ص٨١ - ٨٢ القاهرة : ١٩٥٩ . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص٩٩ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) راجع : الطب الشرعى - د. صلاح الدين مكارم ، (١/١٤٨ - ١٤٩) . عن د. أسامة عبد السميع - السابق- ص٩٩ ، ١٠٠ ، وهامش رقم (١) .

للعلوم الطبية بالكويت ، وذلك من خلال الندوة التى عقدت بعنوان : « الحياة الإنسانية ، بدايتها ونهايتها فى المفهوم الإسلامى » ، فى الفترة ما بين ٢٤ - ٢٦ ربيع الآخر عام ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥ - ١٧ يناير ١٩٨٥ ، وصدر بذلك القرار رقم ٥ فى الدورة الثانية عام ١٤٠٦هـ لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامى ، لرابطة العالم الإسلامى ، والدورة الثالثة عام ١٤٠٧ هـ « بإعتبار أن موت الدماغ (خلايا المخ) مساوياً لموت القلب » .

وفى صفر سنة ١٤٠٧ هـ - أكتوبر سنة ١٩٨٦م ، إنعقد مجلس مجمع الفقه الإسلامى فى عمان ، وأصدر قراراته التالية ، حول هذا الموضوع ، وهى :

« يعتبر شرعًا أن الشخص قد مات ، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعًا للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

١- إذا توقف قلبه وتنفسه ، توقفاً تامًا ، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه .

٢- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه ، تعطلاً نهائيًا ، وحكم الأطباء الإختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، وأخذ دماغه فى التحلل .

وفى هذه الحالة ، يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص ، وإن كان بعض الأعضاء ، كالقلب مثلاً ، لا يزال يعمل آلياً، بفعل الأجهزة المركبة (١) .

٣٢٣ - الرأى الثانى : أن معيار الوفاة هو الموت الحقيقى وظهور علاماته :

ويذهب البعض الآخر من العلماء ، إلى أن معيار بدء الوفاة ، أو

---

(١) د. محمد أيمن صافى - غرس الأعضاء فى جسم الإنسان - ص١٦ - الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م - جدة .

الموت ، هو الموت الحقيقى ، وذلك بظهور علاماته ، ويستندون فى ذلك إلى الأسباب الآتية :

١- أنه يترتب على بدء وفاة الإنسان الحقيقية ، بظهور علامات الموت الطبيعية سالفة الذكر ، تجهيزه ، أى تغسيله ، وتكفينه ، والصلاة عليه ، ودفنه فى مقابر المسلمين ، وسداد ديونه إن كانت عليه ديون ، وإنفاذ وصاياه إن كانت فى غير معصية ، وتقسيم إرثه بين المستحقين له شرعاً ، إن كانت له تركة ... فهل يتم عمل مثل هذا ، لو قلنا بموت جذع المخ ، وظل فى الإنعاش فترة قد تطول ، أو تقصر[1] .

٢- لو طالت مدة بقائه فى أجهزة الإنعاش مائة وثلاثين يوماً ، أو أربعة أشهر وعشراً (مدة عدة المتوفى عنها زوجها) [2] . وقلنا بموت جذع المخ - فما هو مصير زوجها . هل يحق لها أن تتزوج من غيره أولاً تستطيع أن تفعل ذلك ؟

٣- فضلاً عن ذلك ، فإن حياة الشخص الذى يقولون بموت جذع مخه لازالت موجودة ، وهو أمر يقينى ، والموت بهذا المعيار أمر مشكوك فيه ، فكيف نترك الأمر اليقينى ، بالمشكوك فيه .

٣٢٤ - ثالثاً : أساس إباحة الإستقطاع من جثة المتوفى :

من المعلوم لدينا ، أن الشريعة الإسلامية قد أجازت التشريح ، وأباحت أيضاً جواز إنتفاع المسلم بأجزاء من جثة غيره ، فى حالات

---

(١) يراجع فى أمر تجهيز الميت على سبيل المثال : حاشية البقرى الشافعى على شرح متن الرحبية (ص٩ - ١٠، الطبعة الأولى - مطبعة عيسى الحلبى بمصر عام ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩م . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٠١ ، وهامش رقم (١) .

(٢) وهذا مصداق لقوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ (البقرة ٢٣٤) .

الإضطرار ، ولو كان معصوم الدم [1] ، والسبب فى ذلك أن حرمة الحى ، آكد من حرمة الميت .

والإنتفاع بالجثة لا يقتصر على الأغراض العلمية والجنائية ، أى فى التشريح العلمى والتشريح الجنائى ، ولكنه يمتد ليشمل الأغراض العلاجية .

ولذلك ، فإن من بين الأغراض التى تبرر شرعية التشريح الإستفادة من أجزاء الجثة فى إنقاذ حياة إنسان ، أو صحته .

وتكمن الأصول التى تبرر تشريح الجثث شرعاً ، ومنها جواز النقل ، فيما يلى :

١- حالة الضرورة ، والمذكورة فى قوله تعالى : ﴿ فمن إضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن اللّه غفور رحيم ﴾ [2] . وقوله تعالى : ﴿ فمن إضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم ﴾ [3] .

ومن ثم ، فقد إستنبط الفقهاء من هاتين الآيتين القاعدة الجليلة التى تقضى بأن « الضرورات تبيح المحظورات » .

٢- قواعد الترجيح بين المصالح والمفاسد ، حيث تبرر أيضاً إستقطاع أجزاء من الجثة ، بغرض زرعها فى جسم مريض تقتضى ضرورة المحافظة على حياته ، وتقتضى كذلك صحة القيام بهذا العمل[4] ، فمصلحة إنقاذ الحى أولى بالرعاية ، من مفسدة إنتهاك حرمة الموتى .

---

(١) المجموع للإمام النووى (٩/٤٤) ، ومغنى المحتاج للإمام الشربينى (٤/٣٠٧) . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٠٤ ، ١٠٥ ، وهامش رقم (١) .

(٢) سورة البقرة آية ١٧٣ .

(٣) سورة النحل ، آية ١١٥ .

(٤) هناك فتاوى صدرت من جهات رسمية ، ترتب إجازة الإستقطاع من الجثة ، قياساً على الفتوى بإباحة التشريح . ويراجع : فتوى دار الإفتاء المصرية.سجل رقم ٨٨ – مسلسل ٢١٢ – ص٣١٢ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٠٦ ، وهامش رقم (٢) .

ومتى كنا في نطاق الضرورات ، وحيث تتنازع مصالح الأحياء ، مع مصالح الموتى ، أو أهليهم ، فإن مصلحة للمحافظة على حياة إنسان، أو صحته ، أعظم من الناحية الإجتماعية ، من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة .

وإذا جاز الأكل من جسم الآدمي الميت ضرورة ، جاز أخذ بعضه نقلاً لإنسان آخر حي صوناً لحياته من باب أولى ، متى رجحت فائدته، وحاجته للجزء المنقول إليه ، فالشريعة الإسلامية ، بقواعدها العامة تأمر بإرتكاب أخف الضررين [1] . فإذا دار الأمر بين محظورين ، يصار إلى أخف الضررين. والأمر هنا يدور بين محظورين هما المساس بجثة المتوفى وإنتهاك حرمتها ، والضرر الذى يصيب الإنسان الحي بفقده الحياة ، إذا لم يزرع له عضو يستأصل من هذه الجثة ، فأخف المحظورين هو نقل عضو الميت ، لزرعه في جسد هذا الإنسان الحي.

هذا ، ولا يقال بأن في إستقطاع أعضاء من الجثة لأغراض علاجية لدى الأحياء ، يتضمن إهانة للميت ، أو مساساً بالكرامة الإنسانية ، لأن هذا العمل لا يتم بقصد تحقير الموتى ، ولكن المقصود منه هو منفعة الحي ، وهو أفضل من الميت ، لأنه لا يزال في مجال الإنتفاع به في المجتمع ، بل على العكس ، فإن إستئصال أجزاء من الجثة ، لتحقيق هذه الأغراض ، يتضمن معنى من معاني التضامن الإنساني في أسمى صوره [2] .

---

(١) صدرت العديد من الفتاوى التي تجيز إستئصال الأعضاء من الجثة لأغراض علاجية ، وذلك على أساس قواعد الضرورة التي تقضي بأن الضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم أي أن الضرر المترتب على إنتهاك حرمة الموتى أخف من الضرر الذي يصيب أحد الأحياء من جراء عدم علاجه.يراجع الفتوى المذكورة في المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ بإنشاء بنك العيون والمذكورة أيضًا في النشرة التشريعية ديسمبر ١٩٥٩ – ص٣٨٤٧ . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١٠٦ ، ١٠٧ وهامش رقم (١) .

(٢) بررت دار الإفتاء المصرية إباحة إستقطاع العيون من الجثث لإجراء عمليات –

ولا يخفى أن رعاية مصلحة الأحياء ، أولى من ترك الجزء المنتفع به، يبلى فى التراب .

٣٢٥ - رابعاً : شروط نقل العضو من جثة المتوفى إلى الإنسان الحى :

وضع العلماء شروطاً خمسة ، لإباحة نقل العضو من المتوفى إلى الإنسان الحى . وهذه الشروط هى :

١- الا توجد ميتة أخرى غير ميتة الآدمى يمكن الإنتفاع بها ، فإذا وجدت ميتة أخرى ، فلا يحل الإنتفاع بميتة الآدمى ، اللهم إلا إذا قرر الأطباء بأن جثة الآدمى هى فقط التى يصلح النقل منها ، فحينئذ يحل الإنتفاع بميتة الآدمى .

٢- يجب أن يكون المنتفع مضطراً إلى هذا الإنتفاع ، بحيث أن العلاج العادى أو البسيط ، أصبح غير ذى جدوى ، ولا شفاء - وهو بإذن الله - إلا بهذا النقل من الجثة .

لكن ، هل يشترط أن يكون المنتفع مسلماً ، إذا كان المستقطع منه مسلماً ؟ جاء فى هذه المسألة رأيان : أحدهما ، إشترط للإستقطاع من جثة مسلم ، أن يكون المريض مسلمًا (١) . وثانيهما ، وقد حكاه الإمام النووى ، وجهان ، أحدهما بالجواز ، والآخر بالتحريم(٢) . وإن كان بعض الفقهاء المحدثين ، قد أجاز نقل الدم والأعضاء، بين المسلم، وغيره (٣) .

- ترقيع القرنية عند الأحياء بأن هذا العمل يجسد مصلحة إنسانية مؤكدة . يراجع الفتوى المذكورة بالمذكرة الإيضاحية آنفة الذكر . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٠٧ ، وهامش رقم (٢) .

(١) المبسوط للسرخسى (١٢٥/٥) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٠٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) المجموع للنووى (٤٤/٩) . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١٠٩ ، ١١٠، وهامش رقم (١) .

(٣) يراجع : مجلة منبر الإسلام - السنة ٥٢ -العدد ٣ - ربيع الأول عام ١٤١٤ هـ -

٣- قبول جسم المنقول إليه لهذا العضو المستقطع من الجثة [١] ، وإلا أدى هذا إلى ضرر المتبرع ، والذى يجزم بذلك هو طبيب ثقة ، ماهر فى صناعته وحرفته . وهذا يعنى أن يغلب على ظن الطبيب بصفة عامة نجاح العملية الجراحية التى يقوم بها ، وإلا توقف .

٤- تحقق الموت من الجثة المستقطع منها . وتظهر أهمية التحقق من موت المستفاد منه - المعطى - بصفة خاصة ، بالنسبة للأعضاء الضرورية للحياة ، كالقلب مثلاً ، والتى لا يجوز إستقطاعها أثناء الحياة ، وإلا أدى إستقطاعها إلى الموت .

وقد سبق الحديث عن كيفية التحقق من الموت .

٥- أن يكون هناك إذن بالإنتفاع بأجزاء الميت . وهذا الإذن يمكن أن يكون صادراً من الميت قبل موته ، بإعتبار أن له ولاية على نفسه، ويمكن أن يكون صادراً من ورثته بعد موته، وهم من لهم الحق فى ميراث تركته شرعاً ، ولهم المطالبة بالقصاص فى حالة الجناية عليه عمداً .

أما إذا إختلفت وصية الميت على رأى الورثة ، فإن كان الميت قد أوصى بالإنتفاع ببعض أجزائه ، وهم لم يوافقوا ، فيرى البعض أن يعتد بوصيته ، لأن ولايته على نفسه مقدمة على ولايتهم . ويوجد لذلك نظير بالفروع الفقهية ، وذلك فيما إذا أعفى المجنى عليه قبل موته عن الجانى ، فإن فقهاء الحنفية إعتبروا عفوه ، وأخذوا به ، وجعلوه مقدمًا على رأى الأولياء ، فيما إذا طالبوا بالقصاص ، وأسقطوا القصاص أخذاً بعفوه [٢] .

- أغسطس ١٩٩٣ (ص٢٠٥) وهى فتوى الشيخ عطيه صقر ، وانظر فتواه أيضًا المنشورة بجريدة المساء اليومية فى ١٩٩٣/٩/٨م . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١١٠ ، وهامش رقم (١) .

(١) د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١١٠ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى (١٦٧/٤ - ١٦٨) طبعة مصطفى الحلبى بمصر - الطبعة الأخيرة. عن د. أسامة عبد السميع - السابق- ص١١١، وهامش رقم(١) .

وإذا رفض هو التبرع بأجزاء منه بعد موته ، ثم وافق الورثة على هذا الإنتفاع ، فقد رأى البعض [1] ترجيح جانب الورثة هنا ، تحقيقاً لمصلحة راجحة ، وهى بقاء نفس إنسانية حية ، ودرءاً لمفسدة محققة وهى دفع الهلاك عن هذا الإنسان ، الذى يراد نقل العضو الميت إليه ، لأنها هى وأعضاؤها لا تلبث أن تفنى وتصير تراباً ، ولا شك أن الإنتفاع بها قبل تحويلها إلى هذا المصير أولى بالإعتداد وأرجح فى الإعتبار ، ومن ثم كان العمل بإرادة الولى هنا أرجح من العمل بإرادته هو ، وهذا يتمشى مع رأى الظاهرية الذين يجعلون الرأى للولى، أخذاً من قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ [2] .

ولكن ما الحكم ، إذا لم يوص الميت أصلاً بجسده أثناء حياته ، فهل يتحتم فى هذه الحالة موافقة الورثة أم لا ؟ .

الواقع أن فى هذه المسألة رأيين : فالبعض يشترط موافقة الورثة إن كان الميت معلومًا ، وإذن ولى الأمر ، أو النيابة العامة إن كان مجهولاً ، والبعض الآخر أهدر ذلك – وهو طبعاً رأى مرجوح ومن ثم فلا يعتد به – وقالوا يؤخذ منه دون الرجوع إلى إذن أهليهم ، أو النيابة العامة .

وبإشتراط الإذن ، أخذ قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامى بجدة فى عام ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨م ، والذى قرر فى البند سادساً : « يجوز نقل عضو من ميت إلى حى ، تتوقف حياته على ذلك العضو ، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك ، بشرط أن يأذن الميت ، أو ورثته بعد موته ، أو بشرط موافقة ولى المسلمين ، إن كان المتوفى مجهول الهوية ، أو لا ورثة له .

---

(١) د. حسن الشاذلى (١٥٥ – ١٥٦) . عن د. أسامة عبد السميع – السابق – ص١١١، رهامش رقم (٢) .

(٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .

كما يرى البعض ، أن تكون الوصية بأخذ عضو من إنسان ميت مكتوبة [1] ، حتى لا يحدث بشأنها أية منازعات ، وإن كانت تصح بالقول ، كما تصح بالإشارة المفهمة من الأخرس ، قبل الوفاة [2] .

٣٣٦ - خامساً : الإنعاش الصناعى ونقل الأعضاء من الموتى :

تثور الصعوبة فى هذه المسألة ، عندما يموت المريض موتاً حقيقياً بموت خلايا مخه ، بحيث تنتهى حياته الإنسانية الطبيعية ، رغم تمتعه بحياة عضوية ، بفضل إستخدام أجهزة الإنعاش الصناعى ، فهل يجوز للطبيب المختص بالإنعاش إنهاء هذه الحياة العضوية الصناعية ، بوقف أجهزة الإنعاش ؟ وما مدى مسئوليته ، إذا أوقف عمل هذه الأجهزة ؟ .

نتعرف الآن على موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة :

يرى بعض الفقهاء المحدثين ، أنه يمتنع على الطبيب تعذيب المريض المحتضر ، بإستعمال أية أدوات ، أو أدوية ، متى بان للطبيب أن هذا كله لا جدوى منه ، وأن الحياة فى البدن فى سبيل التوقف .

وعلى هذا ، فلا إثم إذا أوقفت الأجهزة التى تساعد على التنفس ،

---

(١) وهذا مصدق لقوله صلى الله عليه وسلم ، فيما رواه عبد الله بن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ ما حق إمرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ﴾ . أخرجه البخارى كما فى فتح البارى : كتاب الوصايا : باب الوصايا وقول النبى صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده (٥/٤٣٤) (٢٧٣٨) ، ومسلم فى أول كتاب الوصية (٣/١٢٤٩) (١) ، كلاهما بلفظه . عن د. أسامة عبد السميع- السابق - ص١١٢ ، وهامش رقم ١١٣ .

(٢) يراجع بالتفصيل فى ذلك : الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع (٣/٨ - ٩) - الهيئة المصرية العامة للكتاب عام ١٩٨٤م الشرح الصغير (٤/١٨٣) دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبى بمصر . عن د. أسامة عبد السميع - السابق - ص١١٢ ، وهامش رقم (٢) .

وعلى النبض ، متى بان للمختص القائم بالعلاج ، أن حالة المحتضر، ناهبة به إلى الموت (١) .

٣٢٧ - سادسًا : المفاضلة بين المرضى الذين تتساوى حالتهم المرضية فى حال عدم كفاية الأعضاء البشرية المتاحة :

إذا إفترضنا وجود عضو واحد صالح للنقل لأحد المرضى الذين تتساوى حالتهم المرضية ، فيثور التساؤل حينئذ حول المفاضلة بين هؤلاء المرضى . والأمر هنا يتعلق بإنقاذ حياة مريض واحد ، بينما يترك الآخرون يواجهون خطر الموت ! .

لا مراء فى أن الآجال موقوتة ، عند الله تعالى ، وامرغيبى لا يصل إليه علم الإنسان ، وأن المرض ليس دائماً علامة على قرب الأجل ، أو على حتمية الموت عقبة . وغلبة الظن أساس شرعى ، تقوم عليه بعض الأحكام ، فإذا غلب على ظن الطبيب المختص ، بحكم التجربة والممارسة ، وبشرط إجادته وحذقه مهنة الطب ، أن أحد هؤلاء المرضى يفيده هذا العضو ، كان له إيثاره بذلك ، بإعتبار أن العلامات والقرائن قد أكدت إنتفاعه بهذا العضو . أما إذا لم يغلب على ظن الطبيب ذلك ، بقرائن وعلامات مكتسبة من الخبرة والتجربة ، فإن الإسلام قد أرشد إلى إتخاذ القرعة طريقًا لإستبانة المستحق ، عند التساوى فى سبب الإستحقاق ، وإنعدام أوجه المفاضلة الأخرى (٢) .

٣٢٨ - سابعًا : المناداة بضرورة إنشاء بنك لحفظ الأعضاء البشرية التى يتم التبرع بها :

ظهرت فى الأيام الأخيرة ، بعض الآراء التى تنادى بضرورة

---

(١) راجع بحث فضيلة مفتى الجمهورية الشيخ جاد الحق على جاد الحق المعنون «الشريعة الإسلامية ونقل الأعضاء من إنسان لآخر» ، سابق الإشارة إليه .

(٢) راجع البحث السابق .

إنشاء بنك لحفظ الأعضاء البشرية المتبرع بها من الأشخاص الأحياء بعد الوفاة ، حتى يتم توفير الأعضاء اللازمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، لمن يحتاج إليها .

ويتنازع الرأى القائل بضرورة إنشاء هذا البنك ، إتجاهان : أحدهما يرفض هذه الفكرة ، والآخر يؤيدها .

وفيما يلى ، نعرض لكل من هذين الإتجاهين ، بشئ من التفصيل :

٣٢٩ - الإتجاه الرافض لفكرة إنشاء بنك لتجميع الأعضاء البشرية :

ويتجه هذا الإتجاه إلى رفض هذه الفكرة ، بالنظر إلى ماهيتها من المذلة ، والإستهانة بالكرامة الإنسانية . وقد إستند هذا الإتجاه إلى الأسانيد الآتية :

٣٣٠ - (أ) ما ورد من قصة قابيل وهابيل :

فقد جاء فى قوله تعالى : ﴿ فبعث الله غراباً يبحث فى الأرض ليريه كيف يوارى سوءة أخيه. قال يا ويلتى أعجزت أن أكون مثل هذا الغراب فأوارى سوءة أخى فأصبح من النادمين ﴾ (١) .

وهذه الآية ، تقص لنا قصة قابيل وهابيل ، فقد قتل قابيل أخاه ، ولم يعرف كيف يتم دفنه ، فأرسل الله تعالى – وعلى حد قول بعض العلماء – ملكاً فى صورة غراب ، ليعلم بنى أدم كيفية دفن الموتى . بهذا الفعل ، صار الدفن فرضاً على جميع بنى أدم ، وهو فرض كفاية، صيانة للإنسان ، وستراً له من أن تنتهك حرمته .

وهذا يدل دلالة قاطعة ، على عدم التمثيل بالجثة ، للمتوفى الآدمى .

---

(١) الآية ٣١ من سورة المائدة .

٣٣١ - (ب) قوله تعالى ﴿ثم أماته فأقبره﴾ (١) :

وحجة الإستدلال هنا ، أن الله تعالى ، أمر بدفن موتى بنى آدم ، لما لها من حرمة ، سواء اكانوا أحياءاً ، أم أمواتًا ، لكى لا يكون مثله ، مما يؤدى إلى إبتذاله وإمتهانه ، فأوجب دفنه ، حفاظاً له وستراً .

وقد أكد سبحانه وتعالى ، على صيانته حتى فى قبره ، فحرم نبش القبور ، إلا لضرورة قاهرة ، يقرها الشرع الإسلامى ، وحرم أيضاً إنتهاك حرمات الموتى ، حتى ولو كان بالكلام عن المتوفى ، فقد روى أبو داود ، بسنده إلى عائشة ، رضى الله عنها ، قالت : « قال رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : ﴿ إذا مات صاحبكم فدعوه ، ولا تقعوا فيه ﴾ (٢) .

٣٣٢ - (جـ) ما فعله بعض الصحابة :

فقد نقل عن الإمام أحمد أنه قال : لقد صلى أبو أيوب الأنصارى على جثة رجل ، وواراها ، وصلى عمر على عظام أدمية فى الشام ، وصلى أبو عبيدة عامر إبن الجراح على رؤوس ، بعد تغسيلها وتكفينها .

وقال الإمام الشافعى ، ألقى طئر يداً بمكة ، من واقعة الجمل ، عرفت بالخاتم ، كانت يد عبد الرحمن بن عتاب ، فصلى عليه أهل مكة (٣) .

ووجه الدلالة فى فعل الصحابة ، رضى الله عنهم ، واضح فى وجوب دفن أعضاء الآدميين ، وعدم تركها ، لما فيه من المثلة بها ، وهى حرام .

---

(١) الآية ٢١ من سورة عبس .

(٢) محمد بن احمد القرطبى : الجامع لأحكام القرآن - مجلد ٣ - ص٧٠١ - دار الكتب المصرية - الطبعة الثالثة . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٤٣ ، وهامش رقم (٣) .

(٣) منصور بن يونس البهوتى - كشف القناع - ج٢ - ص١٠٤ - مكتبة النصر الحديثة - الرياض .عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٤٤ ، وهامش رقم (١).

٣٣٣ - الإتجاه المؤيد لفكرة إنشاء بنك لتجميع الأعضاء البشرية:

ويتجه هذا الإتجاه ، إلى تأييد فكرة إنشاء بنك لتجميع الأعضاء البشرية ، تكون مصادرة من جرحى وقتلى الحوادث ، مجهولى الشخصية ، والذين يخضعون لتشريح جثثهم بالطريق الجنائى ، عن طريق جهات التحقيق الجنائى ، والمحكوم عليهم بالإعدام ، الذين تم التنفيذ عليهم بالفعل .

ويستند هذا الإتجاه ، إلى الأسانيد الآتية :

٣٣٤ - (أ) جواز أكل لحم الميت الآدمى فى أحوال الإضطرار:

فقد عرفنا مما سبق ، أنه يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمى الميت ، فالحرمة ليست تعبدية ، وإنما هى لكرامة الآدمى وشرفه . وقال الإمام الشافعى : إذا وجد المضطر آدمياً ميتاً ، جاز له ، بل يجب الأكل ، بشروط ثلاثة :

١- ألا يجد غيره ، فإن وجد غيره ، ولو ميتة مغلظة كالخنزير ، حرم عليه الأكل من الآدمى الميت ، ولو غير معصوم الدم .

٢- أن يكون المضطر معصوماً ، فلو كان مهدر الدم ، لم يجز له الأكل من لحم الآدمى الميت .

٣- ألا يكون المضطر ذمياً ، أو معاهداً ، أو مستأمناً ، إذا كان الآدمى الميت مسلماً (١) .

فالقاعدة الشرعية ، أن الضرورات تبيح المحظورات . والفرض أن المريض لابد أن يموت ، إذا لم ينقل إليه جزء من جثة المتوفى ،

---

(١) الفيروز ابادى - المهذب - ج١ - ص٢٥٧ - السابق - أحمد بن محمد الصاوى - بلغة السالك لأقرب المسالك - ج١ - ص٦٨٢ - المرجع السابق . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٤٥ ، وهامش رقم (١) .

والإنسان الحى أفضل من الميت ، ولهذا لا يوجد ما يمنع من أخذ جزء من جثة الميت ، لإنقاذ شخص حى .

٣٣٥ - (ب) أن القواعد الشرعية تقضى بتحمل الضرر الأخف إذا كان تفويت المصلحة يحقق ضرراً أشد :

فالمعلوم أن قواعد الدين الإسلامى الحنيف ، مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف ، لجلب مصلحة ، يكون تفويتها أشد من هذا الضرر .

فإذا كان أخذ عين الميت ، مثلاً ، لترقيع قرنية عين المكفوف ، الذى لا يرى النور ، يحقق مصلحة راجحة ، بل هو علاج لضرر أشد ، فليس فى هذا إبتذال للميت ، ولا إعتداء على حرمته ، والضرورة تقدر بقدرها .

٣٣٦ - (جـ) أن فى عدم تزويد المعاهد المتخصصة بالجثث اللازمة للتعليم ما يهدر مبدأ الدعوة إلى التداوى طبقًا لما تقضى به الشريعة:

فإنا لم يزود قسم التشريح بالمعاهد المتخصصة فى هذا المجال ، بالجثث لأغراض التعليم ، فإن هذا هدراً لمبدأ أساسى فى التشريع الإسلامى ، وهو الدعوة إلى التداوى ، فقد ورد فى الحديث الشريف ، ما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة ، أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم قال :

﴿ ما أنزل الله داء ، إلا أنزل له شفاء ﴾ (١) .

وسئل الرسول عليه الصلاة والسلام : أنتداوى يا رسول الله ؟

---

(١) البيهقى - السنن الكبرى - كتاب الضحايا - ج٩ - ص٣٤٣ - باب ما جاء فى إباحة التداوى ، سنن إبن ماجه - حديث ٣٤٣٩ - ج٢ - ص١٣٨ - كتاب الطب . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٤٥ ، وهامش رقم (٢) .

قال : « نعم تداووا ، فإن الله لم يضع داء ، إلا وضع له دواء ، غير داء واحد ، وهو الهرم » (١) .

فهذا الرأى يجيز فكرة إنشاء مجمع للأعضاء البشرية ، يمكن الإستعانة به فى زرع عضو من الأعضاء ، يحتاجه إنسان مريض (٢).

هذا ، ويرى بعض الفقه (٣) ، أنه يمكن تفادى إعتراض الإتجاه الأول ، بإنشاء ما يسمى بمركز تجميع معلومات ، عن الأعضاء الآدمية، التى يمكن الإستعانة بها للأشخاص المرضى المحتاجين لهذه الأعضاء وتكون مهمة هذا المركز ، هى معرفة وحصر الأشخاص الذين دخلوا المستشفيات ، إثر وقوع حوادث لهم ، ومجهولى الشخصية ، فيمكن الإستعانة بأعضائهم لمن يحتاج إليها . ويضاف إلى هؤلاء الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام ، والذين تم التنفيذ فيهم فعلاً .

وتأخذ بذلك العديد من الدول المتقدمة ، حيث أنشئت العديد من المراكز بها . كما عمدت هذه المراكز ، وبهدف التواصل المستمر مع حالات نقل وزرع الأعضاء ، إلى الدخول على شبكات الإنترنت العالمية، ومراكز المعلومات العالمية .

٣٣٧ - رأينا الخاص :

الحقيقة -فيما نرى نحن – أن فكرة إنشاء بنك لتجميع الأعضاء

---

(١) البيهقى – السنن الكبرى – كتاب الضحايا – ج٩ – ص٣٤٢ – سنن إبن ماجه – حديث ٣٤٣٦ – ج٢ – ص٣٣٧ – كتاب الطب . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٤٦ ، وهامش رقم (١) .

(٢) ورد هذا الرأى ، فى مقال الدكتور سعيد عبد السلام – مجلة المحاماة « مشروعية التصرف فى جسم الآدمى فى القانون الوضعى والفقه » – العدد ٩ ، ١٠ تشرين الثانى ، وكانون الأول سنة ١٩٩٠ – السنة السبعون – ص١٦٠ ، وما بعدها . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٤٦ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) صاحب هذا الرأى ، هو الدكتورة سميرة الديات . راجع المرجع السابق – ص٢٤٦.

البشرية ، لزرعها فى المرضى المحتاجين لهذه الأعضاء ، لا تختلف كثيراً عن فكرة إنشاء مركز لتجميع المعلومات عن الأعضاء البشرية، مادم أن الرأى القائل بعدم جواز نقل الأعضاء من جثث الموتى ، يرتكزعلى مراعاة حرمة الميت ، وعدم إبتذاله ، وإمتهانة ، حفاظاً وستراً له .

فهذا المركز ، والذى يتيح تجميع المعلومات ، «سوف ينتهى الأمر بشأنه ، إلى إعطاء بيان عن وجود مصاب فى حادثة ، أو محكوم عليه بالإعدام ... وهو ما يؤدى حتماً إلى نقل العضو الذى يحتاجه المريض من جثته ، مع ما يترتب على ذلك بالضرورة من إنتهاك حرمة الجثة، فأى جديد إذا ، أتى به هذا الرأى ؟ .

بل أنه من الملاحظ أن بعض الحالات ، يمكن أن يحدث فيها تأخير فى وصول العضو الذى تم الإبلاغ بوجوده فى دولة ما من الدول . وقد يترتب على هذا التأخير حدوث الضرر للمريض المحتاج لنقل العضو إليه ، وهو ما لا يتصور فى حالة وجود العضو محفوظاً –قبل الحاجة إليه– فى أحد بنوك تجميع الأعضاء .

وعلى أى الأحوال ، فلقد أخذ القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ ، فى شأن إعادة تنظيم بنوك العيون بهذا الرأى ، حيث جرى نص المادة الأولى منه على أن « يرخص لأقسام طب وجراحة العيون بالجامعات المصرية ، بإنشاء بنوك لحفظ قرنيات العيون ، للإفادة منها فى ترقيع القرنية ، طبقاً للشروط التى تتضمنها اللائحة التنفيذية .

ويجوز إنشاء هذه البنوك فى المستشفيات ، أو الهيئات ، أو المراكز ، أو المعاهد ، بقرار من وزير الصحة » .

وهذا ما نراه متفقًا مع الرأى الذى قلنا به ، بل أننا نرى أنه يمكن أن يتم إنشاء مثل هذه البنوك فى مصر ، لا بالنسبة لقرنيات العيون فقط ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المشار إليه ، بل بالنسبة لجميع الأعضاء البشرية ، وإستهداء بالضوابط التى أشار إليها القانون المذكور .

المطلب الثانى
نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى
فى القوانين الوضعية

٣٣٨ - أولاً : مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة فى القوانين الوضعية :

فى الأحوال التى لا تتوافر فيها الأعضاء المطلوبة لزرعها فى جسم الإنسان المريض ، عند أحد من الأحياء ، فإن الجثة تكون هى المورد الوحيد لعمليات زرع الأعضاء ، وخاصة الأعضاء التى لا يوجد لها مثيل ، مثل القلب والكبد . وقد أخذت بعض القوانين تخرج على مبدأ حرمة الجثة بالسماح بالمساس بها ، وذلك بغرض العلاج ، وليس لأى سبب أخر [١] .

وفيما يلى ، نعرض لموقف كل من التشريع الفرنسى ، والمصرى، من هذه المسألة ، بشئ من التفصيل :

٣٣٩ - (أ) القانون الفرنسى :

ساد فى القانون الفرنسى مبدأ حرمة المساس بالجثة ، إلا انه نظراً للتقدم العلمى ، فقد صدر فى ٧ يوليو سنة ١٩٤٩ ، القانون الخاص بالتصرف فى قرنية العين ، فأجاز للشخص أن يوصى بقرنيتى عينيه. ويمكن القول بأن ذلك القانون قد أجاز مبدأ إستئصال جزء من جثة ميت ، لزرعه فى جسم حى ، وهذا القانون ليس إلا من قبيل التطبيقات التشريعية للمبدأ . ووجود بنوك للعديد

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٤٧ ، وهامش رقم (١) Annas, G., selling organs, centerscope 15 (2) : 20-22 (July 1984) .

من أجزاء الجسم تحت سلطة وإدارة السلطات العامة الفرنسية ، يعتبر من قبيل الإعتراف بمشروعية الحصول على الأعضاء البشرية من الجثة ، فهناك بنوك العظم والجلد . وقد قررت المادة الرابعة من مشروع تعديل القانون المدنى الفرنسى ، السماح للشخص بالتصرف فى جثته لأغراض علمية ، أو أغراض طبية (١) .

وفيما يتعلق بنقل الكلى من المتوفى ، فالقانون الفرنسى القديم قد سمح بأخذ الكلى من المتوفى دون أخذ موافقة أحد ، ولكنه لا يطبق حاليًا ، نظراً لإستخدام القانون الجديد فى فرنسا ، والذى يعرف الوفاة بأنها وفاة المخ ، ويتم التأكد من هذا عن طريق رسام المخ الكهربائى مرتين أو ثلاثا ، ويفصل بين كل مرة ثلاث ساعات ، حتى يتم التأكد من أن المخ لا يعمل ، أو عن طريق رسم الأوعية الدموية ، والذى يوضح أن الدم لا يصل إليها ، أو أن تكون الوفاة بعد حادث يظهر تهتك المخ ، وهذا يعتبر دليلاً قاطعاً على الوفاة ، ويمكن فى هذه الحالة أخذ الكلى .

٢٤٠ - (ب) فى القانون المصرى :

صدر فى جمهورية مصر العربية القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢، ونص فى المادة الثانية على الحصول على العيون من الموتى ، وقتلى الحوادث الذين يتم تشريح جثتهم ، وكذلك عن طريق الأشخاص الذين يوصون بأعينهم .

وهناك تبرير لعمليات زرع الأعضاء ، مؤداه أن النصوص التى وردت فى القانون المشار إليه ، بشأن عمليات زرع القرنية ، ليست إلا تطبيقات لقاعدة عامة ، مؤداها جواز المساس بالجثة من أجل

---

(١) د. حسام الأهوانى – نظرية الحق – المرجع السابق – ص٦٦ ، المشاكل القانونية – المرجع السابق – ص١٦٢ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٤٩ ، وهامش رقم (١) .

المصلحة الإنسانيـة القطعيـة ، والمؤكـدة . فـإذا توافـرت الشـروط في حالات أخرى ، فإن الإباحة تمتد إليها .

فإباحة إستئصال العين لأغراض طبية للغير ، يجب أن ينظر إليها على أنها تطبيق لقاعدة أمكن التوصل إليها عن طريق القواعد العامة ، وبالتالى ، فـإنه لا يجب أن يفهم أن المشروعيـة تتعلق فقط بإسـتـئصـال العين ، وإنما يجب أن تشمل المسـاس بالجثة ، أو بأى جزء أخـر منها ، من أجل المصلحة الإنسانية (١) .

٣٤١ - ثانياً : طرق تحديد لحظة الوفاة :

إن تحديد لحظة الوفـاة ، هـى من أهـم المسـائل التى تثور فى مـجـال نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، أو لغايات تزويد بنوك الأعضـاء، ذلك أن إجراء النقل يستلزم التحقق الأكيد من وقوع الوفاة إبتداء .

ولعله لا يخفى ما لتحديد الوفاة أيضـًا من أهمية فى مجال تحديد الخط الفاصل بين الحياة والموت ، وبالتالى تحديد الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب ، من حيث تحرير شهادة الوفاة (٢) .

ويترك القانون للطبـيب سلطة التحقق من تاريخ الوفاة وسببها ، ولا يحـدد له الوسـائل التـى يستطيع بهـا أن يتـحقق من الوفـاة ، وهذه مسألة واقع تتـرك لمطلق تقدير الطبيب ، طبقاً للأصول الطـبية ، حيث أن المشرع لم يهتم بتحديد لحظة الموت .

وعلى ذلك ، فقـد كان من اللازم تحديد لحظة الوفاة بدقـة ، وطبقاً لقاعدة مسبقة يسترشد بها لتحديد الوفاة (٣) .

---

(١) د. سميرة الديات – السابق – ص٢٥٨ .

(٢) الدكتور محـمـود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – جرائم الإعـتـداء على الأشـخـاص – المرجع السـابق – ص٩ ، ومـا بعـدها . عن د. سـمـيـرة الديات – السابق – ص٢٥٩ ، وهامش رقم (١) .

(٣) د. سميرة الديات – السابق – ص٢٦١ ، ٢٦٢ .

والوفاة تعتبر ظاهرة طبية ، إلى جانب كونها واقعة قانونية . وقد تأثر مفهومها أيضاً بالتطور العلمي والطبى الهائل ، خاصة بعد ظهور وسائل الإنعاش الصناعى ، بحيث أصبحت الوسائل التقليدية لتحديد لحظة الوفاة عاجزة عن تحديد هذه اللحظة ، فى ظل هذه المتغيرات ، سيما وأن الموت كان يعرف بتوقف عمل القلب ، والرئتين ، والدورة الدموية ، ثم تبين للعاملين بالطب أنه يمكن إعادة الحياة لهذه الأجزاء من الجسم ، بواسطة أجهزة الإنعاش الصناعى .

ووفقاً لهذا المعيار ، يعتبر الشخص ميتاً ، بتوقف قلبه ورئتيه عن العمل ، وبتوقف عمل الدورة الدموية .

ويترتب على الأخذ بهذا المعيار ، أن الطبيب يستطيع وقف هذه الأجهزة عن العمل ، والحكم بموت الشخص ، وإستقطاع ما يشاء من الأعضاء ، لزرعها فى مرضى أخرين ، يحتاجون إليها .

ولكن هذا المعيار غير دقيق ، ذلك أن توقف القلب عن العمل ، وتوقف التنفس ، قد لا يدل إلا على مجرد الموت الظاهرى ، وليس الموت الحقيقى (١) .

فيستطيع الطبيب ، ومن خلال اللجوء إلى وسائل الإنعاش ، أو إلى الصدمة الكهربائية ، وتدليك القلب ، إعادته إلى العمل . وفى هذه الحالة تبقى خلايا المخ حية عاملة ،حتى بعد توقف القلب والجهاز التنفسى ، طالما يستمر إمداد هذه الخلايا صناعيًا بالدم المحمل بالأكسچين .

---

(١) فى الأحوال العادية ، يحدث ما يسمى بالموت الإكلينيكى وفيه يتوقف عمل القلب والرئتين ، وهو المرحلة الأولى ، وفى المرحلة الثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأكسچين للمخ . وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر ، وفى نهايتها تموت هذه الخلايا ، ويحدث ما يسمى بالموت الخلوى ، وهو المرحلة الثالثة . انظر د. محمد سليمان – الطب الشرعى – ص٨١ القاهرة . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٦٣ ، وهامش رقم (١) .

ومن ناحية أخرى ، قد يحدث أن يبقى القلب والجهاز التنفسى سالمين، فى حين أن خلايا المخ قد تلفت وماتت بصورة كلية ، لأى سبب من الأسباب . وهذا ما يسمى بالغيبوبة الكبرى ، وعلى نحو يصعب إعادة الحياة إليها ، وفى ذات الوقت تبقى الأعضاء والخلايا الأخرى حية ، ربما لعدة أيام ، أو لسنوات ، بإستمرار تدفق الدم المحمل بالأكسچين إليها ، والأهم أنها تبقى صالحة للزراعة فى جسد مريض أخر بحاجة إليها ، ذلك أن موت القلب يعنى عدم إمكانية الإستفادة منها . ولذلك كان لابد من البحث عن معيار جديد للوفاة .

ولذلك ، إتجه العالم حالياً إلى إعتبار الشخص متوفى ، إذا ماتت خلايا المخ ، على الرغم من بقاء قلبه حيًا ، ومتى ماتت خلايا المخ بصورة كلية ونهائية ، يستحيل عودتها إلى الحياة . وما بقاء القلب حياً وسائر الأعضاء فى هذه الحالة ، إلا ضرب من ضروب الإنعاش الصناعى ، لغايات المحافظة على القيمة التشريحية والبيولوچية لهذه الأعضاء (١) .

وهذه الحالة تحدث عمومًا نتيجة حادثة يتعرض لها الشخص السليم فى الغالب ، حيث يعانى الدماغ من إصابة بالغة . وبما أن مراكز التنفس والتحكم فى القلب والدورة الدموية موجودة فى الدماغ، وبالذات فى جذع الدماغ (Brain stem) ، فإن إصابة هذه المراكز إصابة دائمة تعنى الموت ، ولكن قد تكون الإصابة مؤقتة ويمكن أن يشفى منها المصاب بالعلاج ، ولهذا لزم محاولة إستمرار التنفس

---

(١) د. أحمد شرف الدين – الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص١٥٥ .
د. حسام الدين الأهوانى – المرجع السابق – ص١٧٢ .
د. أحمد شوقى عمر أبو خطوة – المرجع السابق – ص١٧١ .
د. محمد على البار – موت القلب أم موت الدماغ – ص٧١ – الطبعة الأولى ١٩٨٦ – الدار السعودية للنشر والتوزيع . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٦٢ – ٢٦٤ ، وهامش رقم (١) .

وضربات القلب والدورة الدموية ، بوسائل الإنعاش (١) .

ولما كان التثبت من موت المعطى من أهم المسائل فى عمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفى ، فقد أثيرت مشكلة تحديد الموت الحقيقى ، خاصة بعد إكتشاف العلوم الطبية الحديثة مرحلة لم تكن معروفة ، تشكل حدوداً فاصلة بين الموت والحياة .

وقد إستقر الإتجاه الحديث - كما سبق القول - على أن الإنسان يموت بموت خلايا مخه ، حتي ولو بقي القلب حياً ينبض ، وأنه متى حدث هذا ، فإنه من الإستحالة عودتها إلى الحياة أو الوعى أو لممارسة الحياة الطبيعية ، وهذا ما يسمى بحالة دخول المريض فى مرحلة الغيبوبة الكبرى ، أو النهائية ، المسماة (Deep coma) أو (Coma depasse) (٢) .

وهذه الحالة تختلف عن حالة الغيبوبة العميقة ، والمعروفة بإسم (Coma prolnge) والتى تعنى بقاء خلايا الدماغ سليمة دون عطب ، ولكن المريض يبقى فاقداً لكل إدراك وقدرة على الإتصال بالعالم الخارجى ، ويعتبر فى هذه الحالة إنساناً سليماً ، ويتم ربطه بأجهزة

---

(١) وتتمثل وسائل الإنعاش ، فى مجموعة من الأجهزة والعقاقير ، بالإضافة إلى الكوادر البشرية المدربة من الأطباء والمرضين ، التى تستخدم هذه الأجهزة بمهارة، وهى :

١- المنفسة Respirator or Vontilator والمعروفة باسم الكمامة ، أو قناع التنفس .

٢- جهاز إنعاش القلب مثل مانع الذبذبات (Defibrillatoe) .

٣- جهاز منظم ضربات القلب (Pace Maker) .

أنظر محمد على البار - موت القلب او موت الدماغ - المرجع السابق - ص٨٤ - ٩٠ . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٦٥ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) د. أحمد شوقى عمر أبو خطوة - المرجع السابق - ص٤٧١ . " piotet (R) : la de termination de moment escact du de " ces J.T. 1968 pp 558 et ss .

عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٦٥ ، وهامش رقم (١)

الإنعاش الصناعى لإنقاذ حياته وبالتالى تبقى خلايا دماغة حية (١) .

ويحظر على الطبيب فى هذه الحالة ، إصدار شهادة وفاة ،

---

(١) والدماغ (Brain) ، يتكون من :

١- المخ (cerebellum) ، وهو بدوره يتكون من فصى المخ (cerebral hemispheres) .

٢- المخيخ (cerebellum) ، ووظيفته الأساسية توازن الجسم ، وإزالة المخيخ بكامله، لا تسبب الوفاة .

٣- جذع الدماغ (Brain stem) . وفى المخ المراكز العليا ... ومراكز التفكير والذاكرة والإحساس والحركة والإرادة ... وفى جذع الدماغ المراكز الأساسية للحياة ، مثل مراكز التنفس والتحكم فى القلب والدورة الدموية .

فإذا مات المخ ، فإن الإنسان أيضاً يمكن أن يعيش ، وإن كانت حياته غير إنسانية ، بل حياة نباتية ، والمسماة علمياً vegetative life . وهذا ما حدث «لكارين كونيلان»، التى بقيت فى غيبوبة منذ تاريخ ١٤ أبريل عام ١٩٧٥ ، وحتى ١٣ يونيو ١٩٨٥ ، عندما وافاها الأجل المحتوم . وفى تلك الفترة الطويلة ، لم يكن لها من الحياة الإنسانية والإدراك شئ . وفى بداية الأمر وضعت تحت أجهزة الإنعاش ، وظل تنفسها عبر الأجهزة أو المنفسة ، وتدخل الأبوان وقسيس الأسرة ، وطلبوا من المستشفى إيقاف الأجهزة ، طالما أنه لايوجد أى أمل فى عودتها إلى الوعى ، ذلك أن دماغها قد مات ، وبالأحرى معظم دماغها الذى يشمل المخ والمخيخ ، ما عدا أجزاء من جذع الدماغ ظلت حية ، ورفضت إدارة المستشفى طلب الأبوين ، فإعترضا على ذلك أمام المحكمة ... وكانت أول قضية من نوعها فى الولايات المتحدة والعالم ، وأثارت ضجة إعلامية ، وأصبحت محل إهتمام أجهزة الإعلام ، والأطباء ، والقضاة، والعاملين بالقانون .

وبعد مداولات ، وإستفتاء للرأى العام ، قررت المحكمة العليا حق المريضة المصابة إصابة خطيرة كهذه فى دماغها ، بصورة لا يرجى شفاؤها فى الموت بكرامة ، وذلك فى مارس من عام ١٩٧٦ .

وبعد أن أوقفت أجهزة الإنعاش بأمر المحكمة فى عام ١٩٧٦ ، إستمرت كارين أن كونيلان فى حياتها النباتية لمدة عشر سنوات تقريباً ، معتمدة على التغذية بالمحاليل ، وأجهزة الإنعاش ، من حين إلى أخر ، إلى أن إنتقلت إلى العالم الآخر ، فى عام ١٩٨٥ .

Quinian 137 - super - 227 - A - 2d 801 (1975).

انظر د. محمد على البار – موت القلب أو موت الدماغ – المرجع السابق – ص٩٠ – ٩٢ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٦٥ ، ٢٦٦ ، وهامش رقم (١) .

وبالتالى إستقطاع أى عضو من أعضائه ، بغرض الزراعة ، أو لأى غرض أخر ، ولو تم ذلك بموافقة أسرته ، ذلك أن هذا المريض لا يزال حياً.

ولذلك ، إستقر رأى الأطباء ، على أن موت خلايا المخ المؤدى إلى عمل المراكز العصبية العليا - والتى تتحكم فى وظائف الجسم - هو الحد الفاصل بين الحياة والموت ، وهى المسماة بالغيبوبة الكبرى ، أو النهائية .

وهكذا يتضح مدى أهمية تحديد مفهوم موت الدماغ ، أو موت جذع الدماغ ، وخصوصاً إذا كان الطبيب يقف أمام حالة مريض ، مات جذع دماغه ، وفى ذات الوقت ، مازالت بقية أعضاء جسمه تعمل بصورة طبيعية - نتيجة ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعى - بمعنى تنفسه، وإفراز بوله ، ونمو أظافره ، وإفراز عرقه ، ونمو شعره . وقد يستمر على هذه الحال عدة أيام ، وأحياناً سنوات عديدة (١) .

وعمليات نقل وزرع الأعضاء فى هذه الحالة ، تستدعى السرعة فى نقل العضو وهو حى . ويبقى العضو على هذه الصورة ، مادامت الدورة الدموية عامة ، نتيجة ربط المريض بأجهزة الإنعاش الصناعى .

---

(١) فى إحدى الحالات الموثقة ، والتى نشرتها مجلة « نيو إنجلند جورنال » الطبية ، فى السابع من كانون الثانى (يناير) لعام ١٩٨٢ ، أن شخصاً توفى أثناء مشادة ، وتوقف قلبه وتنفسه ، وتم إدخاله إلى المستشفى ، وربطه بأجهزة الإنعاش الصناعى . وبعد إجراء العديد من الفحوصات ، تبين أنه لا توجد اية إستجابة لعمل الدماغ ، وبالتالى فإن دماغه قد مات ، وإستمر التنفس الصناعى لديه ، فى محاولة لرصد متى يمكن أن يتوقف القلب عن النبض ، وإستمر قلب هذا الشاب ينبض بواسطة الإنعاش الصناعى ، لمدة ثمانية وستين يوماً ، ولم يتوقف إلا بعد أن قام الأطباء بإيقاف هذه الأجهزة . أنظر :

Parisi. J., Mim R., G, Hilfinger M:, Brain Death wilh prolonged somatic survival. New Ene. J. Medcine 306 : 14 - 16, 1982 .

عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٦٧ . وهامش رقم (١) .

ولهذا لابد من توضيح مفهوم موت الدماغ أولاً ، والإعتراف به كعلامة على الموت ، ليصار إلى إصدار شهادة وفاة ، على ضوء ذلك (١) .

خلاصة القول ، أن العالم فى الوقت الحاضر ، يتجه تقريباً ، نحو إعتبار الشخص ميتاً فى حال موت خلايا مخه ، حتى لو إستمر قلبه فى العمل . ويمكن التحقق من موت خلايا المخ ، بإستخدام جهاز الرسم الكهربائى للمخ ، فإذا توقف هذا الجهاز عن إعطاء إشارات، أمكن الأطباء القول بوفاة الشخص ، ومن ثم إستئصال أى عضو من أعضائه ، إن كان قد تبرع حال حياته ، أو بموافقة عائلته .

ويجب التأكيد فى هذه الحالة ، على أنه لا يمكن الإستغناء عن إثبات هذه الحالة ، من قبل أكثر من طبيب ، ولا يجوز الإعتماد فقط على الأجهزة ، بل لابد من مراعاة توافر سائر الأعضاء الإكلينيكية - وهى إنعدام أى رد فعل للجسم ، وعدم الحركة ، وإسترخاء العضلات ، وعدم التنفس التلقائى ، وإنهيار الضغط - ذلك أن جهاز رسم المخ الكهربائى قد لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية ، ويمكن الا يعطى أية إشارة لمدة محدودة عن نشاط المراكز العصب العيمقة بما لا يمكن الجزم بأنها اى هذه الخلايا والمراكز - فى حالة حياة أو وفاة ، إضافة إلى أن هناك حالات عضوية وبيولوجية تؤثر على تسجيل هذا الجهاز ، مثل درجة الحرارة . لذا بات من الضرورى الإتفاق على تحديد مدة يظل جهاز رسم المخ لا يعطى منها أية إشارة ، حتى يمكن إعلان الوفاة .

ومن المتفق عليه ، أن توقف الدورة الدموية فى الدماغ ، يعتبر

---

(١) ولهذا الأمر محاذيره ... لذا ينبغى لن يكون الفريق الطبى الذى يجرى عملية الزرع، مغايرا لذلك الفريق الذى يقرر الوفاة ، ولا يحق له الإشتراك حتى فى هذه العملية ، كى لا تتضارب المصالح . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٦٧ ، وهامش رقم (٢) .

علامة أكيدة ، لا نزاع فيها ، على موت الدماغ ، ولكن يبقى الشئ المثير للجدل ، وهو وجود بعض الذبذبات الخفيفة التى تدل على وجود خلايا حية فى الدماغ ، فوق مستوى جذع الدماغ .

فالمدرسة البريطانية ترى أن وجود مثل هذه الذبذبات ، النشاط الكهربائى الضئيل ، لا يغير من تشخيص موت الدماغ ، طالما أن الفحوص الأخرى المتتالية تدل على موت جذع الدماغ . ويرى الأطباء بعض الحرج فى مثل هذه الحالة ، ولذلك يقترحون القيام بقياس الدورة الدموية فى الدماغ (١) ، أو حقن المصاب بمادة مشعة ، ثم تصوير الدماغ (٢) .

٣٤٢ - هل الموت مسألة طبية تترك للطبيب أم واقعة قانونية يترك أمرها للمشرع ؟ :

فى الواقع ، أن هذه المسألة ، يتنازعها إتجاهان ، نعرض لكل منهما، فيما يلى :

(١) يمكن معرفة ذلك بحقن شرايين الدماغ الأساسية الأربعة (شريانين سباتيين والمسميين Caroti arteries وشريانيين فقريين Vertebral arteries ، ورغم أن هذا الإجراء مجهد وقد يصعب إجراؤه فى غرفة الإنعاش ، ويستدعى نقل المريض إلى غرفة الأشعة فإن نتيجته قطعية بالموت أو الحياة . أنظر :

عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٧٧ ، ٢٧٨ ، وهامش رقم (١) : pallis C . A.B.C. Brain Stem death Lbid p. 6

(٢) وذكر مجموعة من الأطباء فى البحث الذى نشرته مجلة جاما الطبية الشهيرة فى ١٤ كانون الأول (ديسمبر) عام ١٩٨٣ » أن إستخدام مادة النيوكلايد المشعة ثم تصوير الدماغ يعطيان معلومات دقيقة ووافية عن الدورة الدموية فى الدماغ ، مما يتسنى معه الحكم على موت الدماغ أو حياته . وأن هذه الطريقة توازى طريقة حقن الأوعية الدموية للدماغ (الشرايين الأربعة) ، رغم أن الطريقة الأخيرة مجهدة، فى حين أن طريقة إستخدام المواد المشعة سهلة ، ولا تستدعى نقل المريض . عن د.سميرة الديات – السابق – ص٢٧٩ ، ٢٨٠ ، وهامش رقم (٢) .

٣٤٣ - الإتجاه الأول : ضرورة صدور تشريع يعرف الموت :

ويرى هذا الإتجاه ، أنه يجب أن يصدر تشريع ينظم مفهوم الوفاة، وهذا المفهوم ينطلق من أساس يستهدف طمأنة الرأى العام والأطباء ، بحيث يقوم الطبيب بعمله ، وفق الأسس التى أرساها التشريع .

وقد تمسك أصحاب هذا الإتجاه بضرورة وضع تشريع يعرف الموت، بعد أن شاعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كوسائل علاجية ، وخصوصاً بعد قيام الطبيب « برنارد » بأول عملية زرع قلب ، من جثة متوفى ، إلى جسد حى .

وقد جاء تبرير هذا الرأى ، أن غريزة تحقيق السبق الطبى ، والشهرة ، قد تقود أحياناً إلى الإلتفاف حول مسألة التأكد من الوفاة. ولذلك ، فإن حسم هذه المسألة ، بالنص عليها تشريعاً ، يشيع نوعاً من الإطمئنان .

كما ساد الإعتقاد أيضاً ، بين أنصار هذا الرأى ، بأنه يجب الا يكتفى بتنظيم هذه المسألة – أى الموت – بقواعد آداب مهنة الطب ، ودون أن يكون للضمير الإجتماعى الحق فى أن يعبر عن رأيه فيه ، إذ أن مثل هذه القواعد – أى قواعد آداب مهنة الطب – قد لا تلقى لدى أفراد المجتمع ، نفس التقدير الذى يكنه رجال الطب نحوها ، فما يجرى عليه العمل بين الأطباء ، قد لا يلقى القبول لدى القضاء ، أو الرأى العام .

وحيث أن مسألة الموت من المسائل التى تخص الجماعة ، فقد بات من الضرورى مناقشتها من العامة ، أو البرلمان ، لتنتهى بوضع تشريع يتم بلورته ، ويستوحى من الضمير الإجتماعى ، والإنسانى ، والإعتبارت الطبية والقانونية (١) .

---

(١) د. حسام الأهوانى – المرجع السابق – ص١٨١ . وفى عام ١٩٦٨ ، وضع =

٣٤٤ - الإتجاه الثانى : ترك تعريف الموت للأطباء :

ويرى هذا الإتجاه ، أن تعريف الموت ، وتحديد عناصره ، وكيفية التحقق من حدوثه ، مسألة طبية بحتة ، لا علاقة للقانون بها . فقد تعرض مسألة لها جانب قانونى ، وجانب طبى أمام القضاء ، فيترك القاضى الجانب الطبى لأصحاب الخبرة ، ويستعين برأيهم بغرض الوصول إلى تطبيقات للجانب القانونى .

كما أن العلوم الطبية تتميز بالتطور المستمر ، وعلى مدار الساعة، فى حين أن النصوص القانونية ، تعد بطيئة فى اللحاق بهذا التقدم، إذا ما قورنت بها .

ويلاحظ على هذا الرأى ، أنه لا ينحى القانون جانبًا ، وبصورة مطلقة ، بل يتمسك بقاعدة أن القانون ، وإن كان لا يعرف الموت ، إلا أنه يساهم فى إرساء بعض القواعد ، والمبادئ التى تمكن من تسهيل مهمة الأطباء ، وأدائهم لواجباتهم ، والمسئوليات الملقاة على عاتقهم عن طريق صدور الأنظمة من الجهات الطبية المعنية (١) .

وقد حدد المشرع اللبنانى ، وفى المادة (٦) من المرسوم الإشتراعى، أصول وقواعد أخذ الأنسجة ، والأعضاء البشرية من الأحياء والأموات ، والأسس المعتمدة علميًا لإثبات الوفاة ، بقوله أنها «تحدد بمراسيم ، بناء على إقتراح وزير الصحة العامة ...» .

– المشرع قانونًا موحدًا فى الولايات المتحدة الأمريكية يبيح نقل الأعضاء من جثث الموتى ، وهو ما يسمى بـ (Uniforme Anatomical gilt act) حيث تقرر المادة السابعة منه بأن الطبيب هو الذى يتكفل بتحديد لحظة الوفاة ، وأنه يجب على الطبيب الذى يثبت ويتحقق منها الا يشارك فى عملية الزرع . انظر د. أحمد شوقى عمر أبو خطوة – المرجع السابق – ص٢٠١ عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٧٩ ، ٢٨٠ ، وهامش رقم (١) .

(١) د. حسام الدين الأهوانى – المرجع السابق – ص١٨٢ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٨٠ ، وهامش رقم (٢) .

وكذلك ، فقد أوجب المشرع السورى ، وفى المادة (٥) من قانون نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان رقم٣١ لسنة ١٩٧٢ التأكد من الوفاة بتقرير أصولى من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء ، وفقًا للتعليمات التى تصدرها وزارة الصحة ، قبل فتح الجثة ، أو نقل الأعضاء منها .

ولم يجز المشرع الأردنى فتح الجثة ، لأى غرض من الأغراض ، إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبى . ويشترط فى ذلك أن يكون الطبيب الذى يقرر الوفاة ، طبيب آخر غير الطبيب الإختصاصى الذى يقوم بعملية النقل « المادة ٨ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ » .

٢٤٥ - ثالثا : الإنعاش الصناعى :

يشهد العصر الحديث حلقة من حلقات كفاح العلماء ، والأطباء ، للقضاء ، والتخفيف من خطورة الأمراض المستعصية ، والزمنة . وقد لجأ الأطباء فى صراعهم هذا إلى إستعمال وسائل متعددة، وجديدة ، تستهدف حفظ حياة الإنسان المريض ، الذى توقف قلبه ، وأجهزته الأخرى عن القيام بواجباتها ، بحيث يؤدى ذلك إلى إستعادة الإنسان وعيه كاملاً ، وإعادة وظائفه الأساسية ، والحيوية . ومن هذه الوسائل ما يسمى بالإنعاش الصناعى .

وتثور الصعوبة ، بالنسبة لإستعمال أجهزة الإنعاش الصناعى ، عندما يموت المريض موتاً حقيقيًا ، بموت خلايا مخه ، بحيث تنتهى حياته الإنسانية الطبيعية ، رغم تمتعه بحياة عضوية ، بفضل إستخدام هذه الأجهزة .

فهل يجوز للطبيب المختص بالإنعاش إنهاء هذه الحياة العضوية الصناعية ، بوقف أجهزة الإنعاش ؟ وما مدى مسئوليته الجنائية ، إذا أوقف عمل هذه الأجهزة ، أو إمتنع عن تقديم المساعدة لهذا المريض ؟

هذا ما سوف نتناوله بالبحث ، من خلال الفقرتين التاليتين :

٣٤٦ - (أ) إمتناع الطبيب عن تقديم المساعدة الطبية للمريض المحتاج إلى الإنعاش :

الواقع ، أن إلتزام الطبيب بتقديم المساعدة الطبية لمن يحتاج إليها، يتخذ طابعًا إنسانياً واضحاً ، بحيث يتفوق فيه الواجب الإنسانى ، على إلتزامه المهنى ، وإذا علم الطبيب بالخطر مباشرة ، فإن واجبه المهنى يقوى واجبه الإنسانى ، أما إذا علم به من الغير ، فإن القضاء يفرض عليه إلتزامين متتابعين : إلتزام بأن يستعلم عن هذا الخطر ليحيط به ، وإلتزام بالمسارعة بالغوث والإنقاذ (١) .

إن الصفة المهنية للطبيب ، توسع نطاق إلتزامه بالإنقاذ إلى مدى أبعد مما ينتظر من الشخص العادى ، ذلك أن واجب الطبيب المهنى يفرض عليه أنه ، إذا وجد فى حضرة شخص معرض للخطر ، أن يراعى الإعتبارات الفنية التى يمليها الواجب الإنسانى ، والإلتزام القانونى ، فى آن واحد . ومن ثم يكون عليه أن يفحص الشخص المعرض للخطر الفحص التفصيلى الدقيق ، الذى تسمح به الظروف.

وعلى ذلك ، فقد كان من الطبيعى أن تدين محكمة « مونبلييه » فى فرنسا الجراح الذى رفض أن يستقبل فى مستشفاه المجنى عليه فى حادث ، مدعياً أنه قد فارق الحياة .

وقررت المحكمة أن المصاب لم يفحص على نحو جدى ، ولم تكن الوفاة قد حدثت عند رفض الطبيب إستقباله . وقالت فى حكمها ، إن هذا المريض ، كان يئن ويتألم ويتنفس ، وأنه كان فى غيبوبة ، ولم يمت إلا بعد ذلك ، وأثناء ذهابهم به إلى قسم الجراحة (٢) .

---

(١) د. على حسن نجيدة – إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى – المرجع السابق – ص٣١٦ – عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٨٣ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. على حسن نجيدة – إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى – المرجع السابق – ص٣٢٠ . عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٨٤ ، ٢٨٥ ، وهامش رقم (١) .

وعلى ذلك ، يجب إعتبار المريض المهدد بالموت الأكيد ، والحال ، فى خطر حقيقى ، مما يوجب على الطبيب تقديم المساعدة له قدر الإمكان ، وذلك عن طريق ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعى ، مادامت له فرصة ، ولو ضئيلة ، بالبقاء على قيد الحياة .

وإذا إمتنع الطبيب عن تركيب هذه الأجهزة ، أو ترك المريض بدون مساعدة ، بعد فصل الأجهزة ، وقبل موت خلايا المخ ، فإنه يتسبب فى موت المريض موتاً حقيقياً ، ويسأل جنائياً عن ذلك .

٢٤٧ - (ب) إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش وقتل المريض إشفاقاً :

والقتل إشفاقاً ، أو قتل الرحمة ، هو نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيباً . وقد لا يكون ، بغرض تخليص مريض لا يرجى شفاؤه، ولم يعد المريض يطيق تحمل آلامه [١] .

وتأخذ قوانين العقوبات فى لبنان ، وسوريا ، والسودان بمبدأ تخفيف العقوبة ، فى حالة القتل بناء على رضاء المجنى عليه ، ولكن الغالبية العظمى من قوانين الدول العربية ، لا تأخذ بفكرة تخفيف العقوبة ، فى حالة قتل الرحمة ، ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق فكرة الظروف المخففة ، المعروفة فى قوانين العقوبات .

اما فى أوربا وأمريكا ، فموضوع قتل الرحمة ، يشغل بال الجميع، من الرأى العام ، إلى القضاء . والرأى الغالب بين الناس ، بل وبين بعض كبار الأطباء ، ينحاز نحو إباحة هذا النوع من القتل ، أو على الأقل التمييز بينه ، وبين القتل العادى [٢] .

---

(١) انظر الدكتور عبد الوهاب جومد - القتل بدافع الشفقة - عالم الفكر - المجلد الرابع -العدد الثالث ١٩٧٣ - ص٦٤١ وما بعدها . عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٨٥ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) عن د. سميرة الديات - السابق - ص٢٨٨ ، وهامش رقم (٣) Igor Barre rc -

وبينما لا تفرق تشريعات القوانين الجنائية فى فرنسا ، وبلچيكا، وبريطانيا ، بين قتل الرحمة ، وغيره من أنواع القتل الأخرى ، فإن كثيراً من الدول الأوربية ، تفرق قوانينها الجنائية بين القتل العادى ، وقتل الرحمة ، وتجعل من المريض فى الحالة الأخيرة ، مجرد ضحية، كما هو الحال فى إيطاليا ، والدانمرك ، وأيسلندا ، وفنلندا ، والنمسا، وسويسرا ، واليونان ، والمانيا ، وهولندا ، وبولندا ، والنرويج .

وفى فرنسا ، توجد بعض المحاولات ، ومشاريع لقوانين ، تحاول السير فى الطريق الذى سارت عليه الدول الأوربية السابق ذكرها .

وفى أمريكا وضعت ولاية « أوهايو » فى سنة ١٩٠٦ مشروع قانون يجيز لكل مريض بمرض لا يرجى شفاؤه ، مصحوب بآلام فظيعة ، أن يطلب إجتماع لجنة مكونة من أربعة أشخاص على الأقل ، لتقرير ما إذا كان من الملائم وضع حد لهذه الحياة المؤلمة . ولكن مجلس النواب فى واشنطن رفض المشروع (١) . وتقدم عشرة من كبار الأطباء إلى الكونجرس بمشروع قانون أسموه « قانون حقوق المرضى المحتضرين » ، يعطى للأطباء الحق فى وقف تشغيل الأجهزة الطبية الحديثة ، التى تتوقف عليها حياة المريض ، بعد موافقته ، وموافقة أسرته (٢) .

---

l'Etienne Lalou, le dossier confidetiel de l'euthansie edition stock p (7 - 24) - -
. Paris 1975

عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٨٩ ، وهامش رقم (٢) ,Igor Barre re
. Etienne lalou, op. cit.pp 164

(١) عن د سميرة الديات – السابق – ص٢٨٩ ، وهامش رقم (٣) ,Igor Barre re
. Etienne Lalou, op. cit. p (165)

(٢) صحيفة الشرق الأوسط – العدد ١٩٦٤ تاريخ ١٤/٤/١٩٨٤ ، نقلاً عن مجلة New England الطبية الأمريكية . وفى روسيا كان القانون الجزائى لسنة ١٩٢٢ لا –

والســؤال الذى يثــور الآن هـو : هل فى إيقــاف أجــهـزة الإنعــاش الصـناعى ، ما ينطبق عليه وصف جريمة القتل إشفاقاً ؟ (١) .

أوضـحنا فـيما تقـدم ، أن موت خلايا المخ ، أو مـوت جذع المخ ، هـو المعيـار الحقيـقى لموت الإنسان . وهذا يعنى أن الشـخص الذى لم تمت خلايا مـخـه ، يعـتـبـر حـيًا ، سـواء من النـاحـيـة الطبـيـة ، أو الناحـيـة القـانونية ، وذلك على الرغم مـن فقـدانه كل الإدراك للـعالـم الخـارجى ، وفى هـذه الحـالة يبـقى مـربوطاً بأجـهـزة الإنعـاش الصـناعى ، وإذا قـام الطبـيب بإيقـاف هذه الأجهـزة، فـإن فعـله يشـكل جريمـة قتل لإنسـان حى، حــتى ولـو كـان الدافـع لذلك الـتـعــجــيل بموت هـذا المـريض ، لإسـتحـالة شـفائه ، ذلك أن واجب الطـبيب هـو شـفـاء المريض ، وليس قـتله. وما يـعد مـسـتحـيلاً فى الوقت الراهـن ، قـد لا يبقى كـذلك بعـد مرور عشـر سـنوات .

أما إذا مات المريض موتاً حقيـقياً بموت خلايا المخ ، وجذع الدماغ، وتم التـأكـد من سـائر العـلامـات الأخـرى ، فـإن إيقـاف عمـل أجـهـزة الإنعاش الصـناعى ، لا يعد جـريمة قتل ، لا قتلاً عادياً ولا شـفـقة ، لأنه

- يعتبر قتل الرحمة بناء على طلب المقتول جريمة تستحق العقاب ، ولكن لم يمض على صـدور هذا القانون بضـعة أشـهـر حتى ألغى ، لأن النتـائج التى تـرتبت على تطبيـقـه كـانت ضـارة بالمجـتـمـع . عن د. سـمـيرة الديات - الســابق - ص٢٨٩ ، وهامش رقم (٤) Igor Barre ne, Etinne Lalou, op. cit. p (165) .

(١) لا شك أن وقف أجـهـزة الإنعـاش عن العمل بقـرار فـردى من الطـبـيب قـد تحـوطه بعض الشـبهة ، بصـفة خـاصـة ، فى حـالة ما إذا كانت هـذه الأجهـزة قـد علقت على المريض قبل مـوت مخه ، فإنه من الأحـوط عدم اللجوء إلى هذا الإجـراء ، إلا بإتخاذ إجراءات رسـمية لإعـلان الوفاة بعد ثبوت الموت الحقيقى للمخ ، كتـحرير محـضـر أو شـهـادة الوفـاة ، بعـد عـرض الأمـر على فـريق طبى مـتـخـصـص ، وإعـلام الأسـرة بالأمـر، وموافـقتها على ذلك - لحـمد شـرف الدين - التقدم الطبى والإجـتهـاد فى المجـال الطبى - مـجلة القـانون والإقـتـصــاد - س٥٥ لسنة ١٩٨٥ - ص٤٧٠ . عن د.منصـور - السـابق - ٢٠٠٦م - ص١٥٠ ، وهامش رقم (١) .

متى تم التأكد من هذه العلامات ، يستحيل عودة هذا المريض إلى حالته الطبيعية ، وبالتالى فإن فعل الطبيب ، لا يشكل جريمة فى حكم قانون العقوبات ، وتكون الغاية من الإبقاء على ربط الأجهزة فقط، هى الحفاظ على القيمة التشريحية ، والعضوية للأعضاء ، ويسمح بإستئصال عضو من جثة المريض ، لزرعه فى جسد إنسان آخر حي[١] .

---

(١) عن د. سميرة الديات – السابق – ص٢٩١ ، وهامش رقم (١) : Charaf El Dine . op. cit No 765 p 604

الفرع الثانى

جراحة التجميل

٢٤٨ - تمهيد وتقسيم :

إذ يتطلب منا البحث أن نعرض لجراحة التجميل ، فقد رأينا أن نبدأ بالتعريف بجراحة التجميل ، وببيان أنواعها ، ثم من بعد بمعرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذه الجراحة . وأخيراً نختتم هذا الفرع بعرض موقف القوانين الوضعية من هذه الجراحة .

وعلى ذلك ، فسوف نجرى تقسيم هذا الفرع ، على النحو التالى:

المبحث الأول : التعريف بالجراحة التجميلية وبيان أنواعها .

المبحث الثانى : جراحة التجميل فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث : جراحة التجميل فى القوانين الوضعية .

المبحث الأول
التعريف بالجراحة التجميلية وبيان أنواعها

٣٤٩- أولاً : التعريف بالجراحة التجميلية :

ذهب البعض إلى تعريف الجراحة التجميلية ، أو جراحة الترف ، أو جراحة الشكل Chirurgie plastique . بأنها الجراحة التى لا يكون الغرض منها علاج مرض ، عن طريق التدخل الجراحى ، بل إزالة تشويه حدث فى جسم المريض ، بفعل مكتسب ، أو خلقى ، أو وظيفى (١) .

فالأعمال الطبية التجميلية ، لا يقصد منها المعالجة دائماً ، وإنما أيضًا إزالة تشويه فى الجسم ، ظاهر أو خفى ، لغرض علاجى أو جمالى بحت .

ومن هذه الأعمال رفع الشعر من الوجه لشابة تريد الزواج ، أو إزالة تشويه عن فتاة تعانى من تضخم فى الثديين، أو بتر إصبع زائد، أو تعديل أنف ، أو إزالة التجاعيد والغضون عن وجه فنانة ، وغيرها .

ومن الطبيعى ، أنه يدخل ضمن هذه الأعمال إزالة العيوب البدنية، الحادثة منذ الولادة ، والعيوب الطارئة ، لأى سبب كان ، وسواء أكانت لأغراض علاجية ، كخياطة العجان بعد الولادة ، أم لأجل الظهور بمظهر أجمل .

ولذلك ، فقد ذهب الدكتور « لويس دارتيج» إلى تعريف الجراحة التجميلية بأنها « مجموعة العمليات التى تتعلق بالشكل ، والتى

---

(١) بعد «لويس دارتيج» من المؤسسين لجراحة التجميل ، وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل . عن د. منذر الفضل – المسئولية الطبية فى الجراحة التجميلية – الطبعة الثانية ١٩٩٥ – ص٦ ، وهامش رقم (٣) .

يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية ، أو مكتسبة ، في ظاهر الجسم البشري ، تؤثر في القيمة الشخصية ، أو الإجتماعية للفرد»(١).

ويذكر جانب من الفقه المدني ، أن الناس – وبالأخص النساء – لا يرضون بما قسم الله لهم ، فالعجوز تريد أن تعود شابة ، والسمينة ترغب في أن تصبح هيفاء ، ممشوقة القوام ، وتود القصيرة لو طالت، والطويلة لو قصرت ، والسمراء لو ابيضت ، والبيضاء لو لفحتها الشمس ، وهكذا (٢) .

إن العيوب التي تبدو على الجسم البشري ، قد تكون ظاهرة ، كعيوب الوجه ، واليدين ، والراس ، حيث يمكن أن يلاحظها الآخرون ، أو قد تكون غير ظاهرة ، كضمور ، أو تضخم الأعضاء التناسلية ، أو الحروق على البطن ، أو الظهر ، أو التشوهات على الساقين ، وهي عيوب لا تبدو للعيان ، إلا في ظروف خلع الملابس ، كما في أثناء السباحة ، ولعب الرياضة .

ومن جهة أخرى ، فإن للأعمال الطبية التجميلية : صلة وثيقة بعلم النفس ، ذلك أن كثيراً من الأمراض النفسية ، كالكآبة ، والإنطواء، والعزلة الإجتماعية ، وغيرها ، يرجع سببها إلى قبح الشكل ، هذا الذي يمكن أن يدفع صاحبه إلى الإنتحار ، إذ توافرت عوامل أخرى ، تزيد من وطأة المشكلة النفسية .

فمن المعرف أن لكل إنسان صورة لشكله ، مطبوعة في عقله ،

---

(١) سمير اورفلي – ص٣٠ . عن د. منذر الفضل – السابق – ص٦ ، وهامش رقم(٤).

(٢) د. حسن زكي الإبراشي – مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن – رسالة دكتوراه – ص٢٩٢ . عن د. منذر الفضل – السابق – ص٧ ، وهامش رقم (١) .

وقد تتشوه هذه الصورة ، بسبب مرض ، أو حادثة ، أو عملية بتر لأحد الأطراف ، وقد تكون الصورة الجديدة لشكله غير مقبولة لديه ، حتى وإن كانت مقبولة عند الآخرين ، فيكرهها ، أو يتنكر لها بالإهمال ، والتجاهل ، وإيذاء الجسد ، أو يسعى إلى محاولة إصلاحها عن طريق الجراحة التجميلية ، وربما يحدث العكس ، إذا لم يستطع الشخص التعايش مع الوضع الجديد .

هذا ، وقد تبين أن ٢٩٪ من المنتحرين فى لندن ، بعد الحرب العالمية الثانية ، كانوا مصابين بمرض جسمى عام (١) .

ومن جهة ثالثة ، فإن جانباً من الفقه المدنى يرى أنه من الصعوبة وضع الحدود الفنية الفاصلة بين الأعمال الطبية الجراحية التى يقصد منها الشفاء ، وبين الأعمال الطبية التجميلية ، التى قد لا يراد منها فى جميع الحالات شفاء المريض ، وإنما مجرد تحسين الشكل الجمالى للإنسان (٢) .

---

(١) الدكتور فخرى الدباغ – الموت إختياراً – بيروت ١٩٨٦ – ص٦٩ ، ٧٠ . عن د.منذر الفضل – السابق – ص٨ ، ٩ ، وهامش رقم (٨) .

(٢) يرى الدكتور العمرى ، أن تسمية جراحة التجميل ليست دقيقة ، لأنها ناقصة . والصحيح أن يقال « جراحة التقويم ، أو الجراحة البلاستيكية » ويدخل ضمنها « جراحة التجميل الصرف » . ففى الجراحة البلاستيكية يتم إصلاح التشوهات والعطلات والأضرار الواقعة بفعل الحروب والكوارث الطبيعية أو حوادث السيارات والمصانع، والغرض منها إعادة وظائف الأعضاء التالفة ، أو إعادة بناء الأجزاء المفقودة بنقل وزرع الأنسجة ، وإعادة تشكيلها ولاسيما فى حالة الأمراض السرطانية. عن د. منذر الفضل – السابق – ص٧١ . وبهذه المناسبة ، فقد توصل الطبيب الأردنى عصام العنانى أخصائى طب وجراحة العظام والمفاصل وجراحة اليد إلى طريقة سهلة ومتميزة لصناعة العظم . وتتمثل فى تثبيت العظم المكسور والمتآكل من الداخل وتعويض كمية العظم الناقصة من نفس الجسم ، حيث أن كمية هائلة من العظم الأسفنجى . وهى أفضل أنواع العظم فى منطقة الحوض ، وزرعها فى المنطقة المحددة وتثبيتها بأساليب معينة – جريدة الرأى الأردنية – الخميس فى ١٩٩٧/٣/١٣ . عن د. سميرة الديات – السابق – هامش (١) ص١٤ . أما جراحة التجميل الصرفة فهى جزء من الجراحة البلاستيكية ، وهى تم بهدف –

لذلك ، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى القول - تمييزاً بين هذين النوعين - بأن الجراحة العلاجية ، هدفها علاج عيب أصلى، كالتشوهات الولادية ، وأن الجراحة التجميلية تهدف إلى علاج عيب مكتسب ، حاصل بفعل الحرب ، أو الكوارث ، أو حوادث السيارات ، وغيرها .

غير أن هذا الرأى ، لم يلق قبولاً لدى كثيرين ، مما دفع البعض إلى القول بأن الجراحة العلاجية تهدف إلى إصلاح العيوب الأصلية ، أو المكتسبة الحاصلة بفعل الحوادث ، أو الأمراض ، وأن الجراحة التجميلية تأتى طبيعيًا مع تقدم الإنسان فى العمر ، كالغضون ، أو تهدل الفك ، إلا أن هذا الرأى لم يلق قبولاً كذلك ، ذلك أن الفتاة التى تعانى من تضخم الثديين ، لا يمكن القول بأن العمل الطبى الذى يهدف إلى علاج هذا التضخم ، هو فقط عمل علاجى [1] .

- الظهور بالمظهر الجمالى اللائق إجتماعياً . ويعود ظهورها إلى الثلاثينيات بهدف رشاقة الجسم وجمال الوجه . وقد تمت أولاً فى فرنسا والمانيا وبشكل اوسع فى «هوليود» مدينة السينما لإظهار الممثلين بمظهر أجمل فى الأفلام . كما كثرت عمليات تجميل الأنف نتيجة لوصول أعداد من اليهود النازحين من المانيا ، من اصحاب الأنوف المعقوفة ، لتسهيل إندماجهم فى المجتمع ، مع الشعب الأمريكى . كما جرت فى شيكاغو بفعل معارك العصابات - راجع د. منذر الفضل - السابق - ص٧١ .

(١) تفصيل هذه الآراء . انظر الجوهرى - السابق - ص٣٢٠ . ويلاحظ أن الإتجاه الفقهى المستقر يذهب إلى عدم إستطاعة وضع معيار أو ضابط للتفرقة بين الجراحة التجميلية والجراحة العلاجية ، نظراً للصعوبات التى تواجه الشراح والفقهاء ، بين ما هو علاجى ، وما هو تجميلى . سمير أورفلى - ص٣٥ ، ٣٦ . ويضيف الدكتور منذر الفضل ، أن ما يعتبر فى نظر بعض الناس ، قد لا يعد كذلك عند آخرين ، فأفكار الناس حيال الأعمال الطبية ، وما إذا كانت علاجية أم تجميلية مسألة نسبية لا يحكمها ضابط واضح . وهو يشير بمناسبة ذلك إلى وقائع القضية المنشورة بصحيفة الوطن الكويتية ، يوم الثلاثاء ١٩٨٨/٦/١٤ ، فى العدد ٤٧٨٢ وملابساتها أن فتاة فى مقتبل العمر تعرضت لحادث سيارة «ضرر جسدى غير مميت» نتج عنه عجز كلى وقد أجريت لها العديد من =

٣٥٠ - ثانيًا : أنواع الجراحة التجميلية « البلاستيكية » :

ويورد الدكتور «منذر الفضل» بعض أهم أنواع الجراحة التجميلية، كما وردت بالوقائع العراقية . وهذه الجراحات هي :

(أ) العمليات الخاصة - كفك الإلتصاقات بفعل الحروق ، وزراعة العظام في الأنف ، وشد الوجه ، وتصغير وتكبير الثديين للنساء ، وإزالة الشحم ، وغيرها .

(ب) العمليات فوق الكبرى ، كبناء الشفه ، والتشوهات الولادية، وإستئصال الأورام الخبيثة ، وتحويل فروة الرأس ، ورفع الشامات ، وتجميل الأنف ، وغيرها .

(جـ) العمليات الكبرى ، كالترقيع لمنطقة صغيرة ، وبرادة الجلد، ورفع الثدى عند الرجل ، لحالات غير سرطانية ، وغيرها .

(د) العمليات المتوسطة ، كتجميد أورام دموية ، ورفع أورام بسيطة .

(هـ) العمليات الصغرى ، كرفع الخيوط تحت المخدر العمومي ، والعمليات الجراحية البسيطة [١] .

- العمليات الجراحية العلاجية والتجميلية في الكويت وألمانيا الغربية ، بسبب إنفتاح اللحم في الإلية الخلفية ، ولم يلتئم الجرح . ويعلق على ذلك في قول إن هذه العملية لا يمكن إعتبارها عملاً طبياً تجميلياً فقط ، لأن العمل الطبى الذى أجرى له أبعاده العلاجية والتجميلية . راجع د. منذر الفضل - السابق - هامش ١٠ ص١٠، ١١ .

(١) طبقًا للوقائع العراقية - عدد ٣٠٥٢ في ١٩٨٥/٧/١ - جدول رقم ٩ - س٤٦٢ - عن د. منذر الفضل - السابق - ص٧٠ ، وهامش رقم (٢) .

المبحث الثانى
جراحة التجميل فى الشريعة الإسلامية

٣٥١ - أولاً : مشروعية التداوى :

قال العز بن عبد السلام : « الطب كالشرع ، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام » . وقد علم من الشرع بالضرورة مشروعية التداوى ، وأن حكمه فى الأصل الجواز ، توفيراً لمقاصد الشرع ، فى حفظ النوع الإنسانى ، المعروف فى ضرورياته بإسم « حفظ النفس » .

وقد حكى الإجماع على أن حكمه الجواز ، لكن قيل بأن أحكام التكليف تنسحب عليه ، فمنه ما هو واجب ، وهو ما يعلم حصول بقاء النفس به ، لا بغيره [1] . ومنها ما هو جائز ، وهو يختلف بإختلاف الغاية المقصودة منه ، ومنها - كما يقول إبن القيم - أنواع كثيرة ، وهى :

١- حفظ الصحة الموجودة .

٢- إعادة الصحة المفقودة بقدر الإمكان .

٣- إزالة العلة ، أو تقليلها بقدر الإمكان .

٤- تحمل أدنى المفسدتين ، لإزالة أعظمهما .

٥- تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما [2] .

وعلى ذلك ، يكون التداوى فى الشريعة الإسلامية أمر مشروع ،

---

(١) فتوى شيخ الإسلام إبن تيمية - ج٥ - ١٠٦ - ج٣٧ - ص٩٢ - الفتاوى الهندية - ج٥ - ٣٥٥ . عن د. عبد العزيز الزينى - السابق - ص٨٨ ، وهامش (٣) .

(٢) زاد المعاد - ج٤ - ص١٤٤ - الطب النبوى لإبن القيم - ص١١٤ . عن د. عبد العزيز الزينى - السابق - ص٨٨ ، ٨٩ ، وهامش رقم (١) .

ومندوب إليه. ولا يختلف الأمر هنا فى جراحات التجميل . وذلك لأن ترك هذه التشوهات فى بدن الإنسان ، يؤثر على نفسيته ، ويقلل من شأنها ويضعفها . والمصطفى فى هديه فى علاج المرضى ، أمر بتطبيب نفوسهم ، وتقوية قلوبهم ، فقد روى إبن ماجه فى سننه ، من حديث أبى سعيد الخدرى ، قال : قال رسول الله « صلى الله عليه وسلم » : ﴿ إذا دخلتم على المريض ، فنفسوا له فى الأجل ، فإن ذلك لا يرد شيئاً ، وهو يطيب نفس المريض ﴾ (١) .

وفى هذا الحديث – إن صح – نوع شريف جداً ، من أشرف أنواع العلاج ، وهو الإرشاد إلى ما يطيب نفس العليل من الكلام الذى تقوى به الطبيعة ، وتنتعش به القوة ، وينبعث به الحار الغريزى ، فيساعد على دفع العلة ، أو تخفيفها ، الذى هو غاية تأثير الطبيب .

فالمصطفى ، صلوات الله وسلامه عليه ، إهتم بنفسية المريض ، وتفريج نفسه ، وتطبيب قلبه ، وإدخال ما يسره عليه . أما إذا كانت هناك تشوهات فى البدن ، فإنها تدخل الهم والغم إلى النفس ، وتجعل البدن فى حزن دائم ، لأن النفس دائماً تنزع إلى الكمال .

وقد قرأنا فى كتب السيرة النبوية ، على صاحبها أفضل السلام، وأتم التسليم ،عن إحدى معجزات المصطفى « صلى الله عليه وسلم » وهى « رد عين قتادة » ، وتتلخص فى أنه كان هناك صحابى جليل فى عهد المصطفى «ﷺ» يسمى « قتادة» ، وفى إحدى الغزوات أصيب الصحابى الجليل فى عينه ، فسالت فتلقاها الصحابى فى يده ، وذهب بها إلى الرسول « صلى الله عليه وسلم » ، فقال له الرسول : دعها وسل ربك الجنة . فقال الصحابى : يا رسول الله ،إننى رجل مبتل يحب النساء ، وأخاف أن يقلن إنى أعور . فردها إلىّ ، وسل الله لى الجنة ، فردها المصطفى « صلى الله عليه وسلم » ، فكانت أجمل من الأخرى ، وكانت لا ترمد ، إذا رمدت الثانية .

---

(١) زاد المعاد – ج٤ – ص١١٦ وهذا حديث موسى بن محمد التيمى ، وهو ضعيف عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٨٩ ، وهامش رقم (٢) .

وعلى ذلك ، فنحن نأخذ من هذه المعجزة - إن صحت - أن أى تشوه فى البدن ، وخاصة الظاهر منه ، يؤدى إلى أمراض نفسية ، تؤذى صاحبها ، وتجعله فى قلق دائم ، وبلبال مستمر . وذهاب كل ذلك لا يكون إلا بإجراء أمثال هذه الجراحات التجميلية ، متى دعت إلى ذلك ضرورة . ويكون ذلك - كما قال إبن القيم - بإعادة الصحة المفقودة ، أو إزالة العلة ، أو تقليلها بقدر الإمكان .

٣٥٢ - ثانياً : التقسيم الفقهى لجراحات التجميل :

يقسم الفقهاء جراحات التجميل ، بحسب درجة أهميتها ولزومها للإنسان ، إلى ثلاثة أنواع ، وذلك على النحو التالى :

٣٥٣ - **النوع الأول :** وهو ما تدعو إليه الضرورة ، من تصحيح وتعويض فى البدن نشأ عن حادثة أو إعتداء ، وذلك كالحوادث التى نتج عنها بتر عضو ، أو تحدث به منظراً غير مألوف (١) ، والحرائق التى تسبب تشوهات فى البدن، وكذلك بناء المثانة بالشرائح العضلية التى تتحكم فى البول عند الإنسان ، وإلا أصيب الإنسان بسلس البول ، وعن طريق الجراحة بواسطة الأطباء المهرة ، يمكن إصلاح كل العيوب ، وإعادة الصحة المفقودة ، وإزالة العلة ، أو تقليلها بقدر الإمكان .

٣٥٤ - **النوع الثانى :** وهو ما تدعو إليه حاجة التداوى ، من إصلاح العيوب الخلقية ، التى يولد الإنسان بها منذ الصغر ، وتسبب لصاحبها أذى نفسى ، ويمكن لحذاق الأطباء أن يعيدوا الحال إلى ما كان عليه ، بقدر الإمكان ، وذلك مثل عملية التئام الشفتين المفتوحتين ، ونحو ذلك مما تدعو إليه حاجة الناس ، وتدفع عنهم الألم النفسى ، وتذهب عنهم الهم والغم ، والكرب العظيم .

---

(١) الأستاذ الدكتور «حسن على الشاذلى» - حكم نقل أعضاء الإنسان فى الفقه الإسلامى - ص٥٩ ،، عن د. عبد العزيز الزينى - السابق - ص٩٠ ، وهامش رقم(١) .

٣٥٥ - النوع الثالث: وهو ما لا تدعو إليه الحاجة ، ولكن يقصد بها الغلو فى مقاييس الجمال ، وذلك كترقيق الأنف ، أو تقليج الأسنان ، أو الحاجب ، أو نحو ذلك . فهذا النوع من الجراحات ، لا تدعو إليه الضرورة ، ويدخل فى دائرة المنهى عنه فى الحديث الشريف (١) ، وهو ما روى عن عبد الله بن مسعود ، رضى الله عنه قال ، قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم : ﴿ لعن الله الواشمات والمستوشمات ، والنامصات والمتنمصات ، والفالجات والمتفلجات للحسن ، المغيرات خلق الله ﴾ (٢) .

ولما كان الطب كالشرع ، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء المفاسد والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك ، ولجلب ما أمكن جلبه (٣) .

وحيث أنه تدعو الضرورة إلى النوعين الأولين ، فإنه يمكن القول بأن هذين النوعين يدخلان فى إطار مشروعية التداوى المنصوص عليه قرآناً أو سنة ، وذلك بخلاف النوع الثالث ، فإنه لا تدعو الحاجة إليه ، ومن المقرر شرعاً أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، بشرط ألا تتعدى القدر الذى يدفع تلك الضرورة ، أو الحاجة (٤) .

وفى حديث أن عرفجه أصيب أنفه يوم الكلاب ، فأنتن ، فأمره

---

(١) د. حسن على الشاذلى – السابق – ص٥٩ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٩٠ ، ٩١ ، وهامش رقم (١) .

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى – ج١٠ – ص٣٧٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووى – ج١٤ – ص١٠٦ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٩١ ، وهامش (٢) .

(٣) قواعد الأحكام للعز عبد السلام – ج١ – ص٩٨ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق– ص٩١ ، وهامش رقم (٣) .

(٤) الشيخ حسب الله فى أصول التشريع الإسلامى – ص٢٤٦ وما بعدها – سنة ١٩٧٦ – دار المعارف – القاهرة . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٩١ ، وهامش رقم (٣) .

النبى « صلى الله عليه وسلم » بأن يتخذ أنفاً من ذهب . وذهب بعض الفقهاء إلى أن قطع الإصبع الزائدة غير جائز إذا خشى الهلاك، وإلا فلا بأس به . ويمكن أن يفهم جواز إزالة هذه العيوب ، مما نص عليه الفقهاء ، من أن جدع الأنف ، وسمل إحدى العينين ، ونحو ذلك ، يمنع من إنعقاد الإمامة ، مما يوحى بأن إزالتها واجبة (١) .

٣٥٦ - ثالثاً : حكم الجراحة التجميلية بهدف التداوى :

عرفنا مما سبق ، أن النوعين الأول والثانى من الجراحة التجميلية، كل منهما من باب التداوى المشروع ، الذى أمرنا به الله سبحانه وتعالى ، ورسوله محمد بن عبد الله ، صلوات الله وسلامه عليه ، سواء كان الترقيع مأخوذاً من نفس جسم المريض . ويعبر هذا من قبيل النقل الذاتى ، وهو بمثابة إجراء عملية له ، كالفتق ، والزائدة الدودية ، وقطع العضو المتآكل . وهكذا طرداً لقاعدة التداوى، وذلك فى إطار شروط التداوى العامة ، ويكون حكم ذلك الجواز ، إذا دعت إلى ذلك ضرورة .

وكذلك الحكم بالجواز ، إذا كانت الشريحة المأخوذة من جسم آدمى ميت ، حديث الوفاة ، تخريجاً على ما رآه بعض الفقهاء ، مثل الشافعية ، والزيدية ، من جواز أكل المضطر فى المخمصة ، من ميتة الآدمى ، إذا لم يجد ما يأكله من حلال ، أو من حرام (٢) . مع توافر الشروط الواجب توافرها فى هذا الشأن ، لأنه بالموازنة بين المصالح والمفاسد ، والمنافع والمضار ، فإن مصلحة الحى ، برعاية إنقاذ حياته ،

---

(١) د. الجوهرى - السابق - ص٣٢١ ، وهامش رقم (١) .

(٢) المجموع النووى - ج٩ - ص٤١ ، وما بعدها ، مغنى المحتاج - ج٤ - ص٣١٠ ، حاشية البيجرمى - ج٤ - ص٢٧٢ ، شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار - ج٤ - ص٩٧ ، التاج المذهب لأحكام المذهب - ج٣ - ص٤٧٢ ، السيل الجرار للشوكانى - ج٤ - ص١٠١ . عن د. عبد العزيز الزينى - السابق - ص٩٢ ، وهامش رقم (٢) .

لعظم من مصلحة الميت ، بإنتهاك حرمة بدنه ، وقد فارقته الروح ، ولتن به .

ولهذا نظائر فى الفروع الفقهية ، عند عدد من أهل العلم من التناول فى حال الإضطرار من لبن المرأة الميتة ، ولحم الآدمى ، وشق بطن المرأة الميتة الحامل ، إذا كان حملها يضطرب ، ونبش القبر لمصلحة حى ، وبقر بطن ميت إبتلع مال حى (١) .

هذا ، وقد إنتشرت الجراحة التجميلية فى مختلف الأرجاء ، وعقدت المؤتمرات العالمية بهذا الشأن ، ومن هذه المؤتمرات «المؤتمر المصرى لجراحات التجميل» بأسلوب جراحى جديد ، لشد الوجه والجفون، وزرع شرائح جلدية ، وعضلية ، لإصلاح التشوهات . وقد نظمت الجمعية المصرية لجراحى التجميل والإصلاح هذا المؤتمر فى ١٩٨٧/٢/١٨ ، وتمت فيه مناقشة خمسين بحثاً جديداً ، فى مجالات التجميل المختلفة . وكلها تدور حول :

١- الإستخدامات المختلفة للشرائح الجلدية بشتى أجزاء الجسم، يهدف إصلاح التشوهات بالرأس والرقبة ، خاصة بعد عمليات إستئصال الأورام ، وإعادة بناء الثدى بعد إستئصاله ، وعلاج قرح الفراش ، والقرح المزمنة بالساق .

٢- إستخدام شريحة جلدية عضلية جديدة ، من جدار البطن ، لبناء مثانة بولية ، فى حالة التشوهات الخلقية بمجرى البول . وقد أمكن إستخدام هذه الشريحة ، فى علاج قرح الفراش المزمنة (٢) .

---

(١) الأشباه والنظائر لإبن نجيم – ص٨٧ ، وأشباه السيوطى – ص٨٦ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٩٢ ، وهامش رقم (٣) .

(٢) صحيفة الأهرام المصرية فى عددها بتاريخ ١٩٨٧/٢/١ – ص١٢ . وتاريخ ١٩٨٧/٢/١٠ – ص١٢ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق– ص٩٣ ، وهامش رقم (١) .

٢٥٧ - رابعًا : أدلة القائلين بمشروعية النوع الثالث من الجراحة التجميلية :

وهذا هو العلاج التجميلى ، الذى يهدف إلى الزينة ، وإظهار المحاسن، كمحاولة العجوز من النساء ، والكهول من الرجال العودة إلى الشباب ، بإزالة أسباب الصلع ، أو رفع تجاعيد الوجه ، أو غير ذلك مما تفعله بعض النساء ، كصبغ الشعر ، وتكبير أو تصغير الثديين ، وغيرهما . وهى أعمال ينظر إليها البعض ، بإعتبارها أعمالاً غير مشروعة [١] .

ويضيفون إلى ذلك قولهم ، بأنه من الخطورة إستخدام الوسائل الطبية غير المشروعة ، لتغيير خلق الله ، بتغيير البصمة ، فقد خلق الله الإنسان ، وسواه ، وعدله ، فخرج إلى الكون سالم الأعضاء ، متناسب القوام ، بل سيجمع الله عظامه مرة أخرى عند القيامة ، إذ قال تعالى فى كتابه الكريم : ﴿ أيحسب الإنسان أن لن تجمع عظامه ، بلى قادرين على أن تسوى بنانه ﴾ [٢] .

ثم أن تغيير الخلقة ، بما يعدم التمييز بين البشر ، أو بهدف التدليس والإيهام ليس مشروعًا ، بجملة من الأدلة ، منها أن الجراحة التجميلية بهدف الزينة ، طريق للسعادة الموهومة ، ولذة كاذبة ، كما يستدلون بحديث النبى « صلى الله عليه وسلم » فى اللعان على الواصلة ، والمستوصلة ، والواشمات ، والمستوشمات ، والمتفلجات للحسن ، المغيرات خلق الله تعالى [٣] .

---

(١) د. عبد السلام السكرى - ص٢٤٠ . عن د. منذر الفضل - السابق - ص١٦ ، وهامش رقم (٩) .

(٢) سورة القيامة الآيتان ٣ ، ٤ . وجاء فى تفسير الجلالين تفسيراً لهما على قدرة الخالق على إعادة الأصابع الصغيرة كما كانت فكيف بالعظام الكبيرة وهى دلالة علىَ مقدرته على البعث والإحياء . عن د عبد العزيز الزينى - السابق - ص١٧ ، وهامش رقم (١٠) .

(٣) راجع : د. منذر الفضل - السابق - ص١٧ ، وهامش رقم (٢) .

ويعترض البعض من الفقه ، على هذه النظرة ، والتى تتبنى التمييز بين الأعمال الطبية العلاجية ، وتلك التى تهدف إلى مجرد التجميل ، ويرى أن هناك الكثير من الأعمال التجميلية ، تحمل دلالات العلاج ، كتقويم الإنسان ، وتنظيفها ، وخياطة الشفة المفتوحة، وبتر الإصبع الزائد ، وزرع الجلد ، بدلاً من الجلد المحروق ، وغيرها(١).

ويضيف فيقول : أنه مهما كانت الأعمال الطبية التجميلية ، سواء لمجرد الزينة البحتة ، أم لأجل العلاج ، فإنها جائزة ، لأن فيها إصلاح وعلاج روحى ، أو جسدى . وأن فى المعالجة بغرض تحسين الشكل من عيب ، حتى ولو كان طفيفًا ، إنما هو إصلاح للعضو والنفس ، سيما وأن كثيراً من الأمراض مشتركة بينهما ، وهى الأمراض «النفسجسمية» .

ويستطرد ، فيقول : ثم إن العيب الطفيف أمر نسبى ، يختلف حسب تفكير الناس ، وجنسهم ، ومهنهم ، وميولهم ، ومعتقداتهم. هذا إلى أن التمييز بين هذين النوعين من الأعمال الطبية ، ليس سهلاً، بل إن الفصل بينهما متعذر ، كما لم نعثر فى الفقه الإسلامى، عما يشير إلى التمييز بين هذين النوعين .

---

(١) ويشير الدكتور «منذر الفضل» إلى أن بعض الإنجازات الطبية التى تحقق السعادة للبشر يوافقها رأى الدكتور «عبد الرحيم السكرى» الذى ضيق من أعمال التجميل إلى حد كبير ، فقد نشرت صحيفة العرب يوم ... /١٩٨٩/١١ خبراً تحت عنوان « صورة فى جراحة التجميل » – ص٨ ، مفاده أن الأطباء فى بريطانيا نجحوا فى التغلب على آثار الحروق ، أو الحوادث على الوجه الإنسانى ، فيما تم بنجاح إنقاذ فتاة فى الثانية من عمرها ، أصيبت بحروق بسبب إشتعال النيران بملابسها ، فأجريت لها عملية جراحية تجميلية متطورة لزرع جلد الوجه من أحد المتطوعين، مع شبكة نسيجية من جلد الفتاة . وقال هؤلاء أنه أصبح بالإمكان زراعة جلد وجه إنسان ميت بكامله ، لوجه إنسان حى فى حالة إحتراقه . عن د. منذر الفضل – السابق – ص١٧ ، وهامش رقم (١١) .

وإذ كانت بعض الأعمال التجميلية ، لم تكن جائزة ، في وقت الرسول « صلى الله عليه وسلم » ، لما فيها من معنى التدليس ، لإستخدام الشعر المستعار ، أو غيره ، لإعتبارات معينة ، ولأن بعض هذه الأعمال فيها مساس بالآخرين ، إلا أن هذه الأعمال ليست طبية ، وإنما هي أعمال عادية ، تحمل معاني الغش ، أو خداع الغير ، كالتحايل على الخاطب الذي يريد الزواج ، بإخفاء عيوب من يراد الزواج منها .

أما وقد تطور عمل الأطباء الجراحين وغيرهم ، وتنوعت المهن ، وتشعبت مجالات الحياة ، وكثرت الحوادث التي تلحق الضرر بالجسم البشري ، فإن الضرورة تقضي بجواز إجراء جراحة التجميل، لإظهار خلق الله بالمظهر الحسن ، بإزالة القبح ، أو التخلف منه .

هذا فوق أن الفقه الإسلامي ، أجاز معالجة العيوب في الشكل ، ومعالجتها هو تجميل للجسم ، وهو علاج طبي أيضاً لتأدية الأعضاء لوظائفها في الإبصار أو الحركة ، أو لرفع العلة من النفس (١) .

---

(١) د. منذر الفضل – السابق – ص١٧ ، ١٨ .

المبحث الثالث
جراحة التجميل فى القوانين الوضعية

٣٥٨ - أولاً : المراحل التى مرت بها جراحة التجميل :

عرفنا مما سبق ، أن جراحة التجميل ، هى نوع من الجراحة لا يستهدف شفاء المريض من علة من العلل ، وإنما إصلاح تشويه خلقى ، أو مكتسب ، لا يؤذى صحة الأجسام فى شئ ، فهى مجموعة العمليات التى تتعلق بالشكل ، والتى يكون الغرض منها علاج عيوب خلقية ، أو طارئة ، فى ظاهر الجسم البشرى ، وتؤثر فى القيمة الشخصية والإجتماعية للفرد (١) .

وعلى أى الأحوال ، فلقد إتسع نطاق هذه الجراحة فى العصر الحديث ، وخاصة بعد إنتهاء الحرب العالمية الأخيرة ، وقوضى بسببه، خصوصاً فى فرنسا ، كثير من الجراحين . وكانت نظرة القضاء الفرنسى إليه فى البداية مفعمة ، لا بالشك والريبة فحسب ، وإنما بالسخط والكره حتى أن محكمة «باريس» الإبتدائية قضت فى حكم لها ، بأن مجرد إقدام الجراح على عملية لا يقصد منها إلا تجميل من أجريت له ، يكون خطأ فى ذاته ، يتحمل بسببه الجراح كل الأضرار التى تنشأ عن العملية ، حتى إذا كانت تلك العملية قد أجريت طبقًا لقواعد العلم والفن الصحيحين .

وكان جراح قد حاول إصلاح شكل ساق سيدة جراحيًا ، فإنتهت الحال ببتر ساقها ، مع أن الساق كانت سليمة من أية علة قبل العملية . غير أن محكمة إستئناف «باريس» ، نظراً لما أثاره هذا الحكم من إحتجاج فى الأوساط الطبية ، عدلته فيما يتعلق بالمبدأ ، ولو أنها

---

(١) د. وديع فرج – ص٤٣٤ ، مشار إليه فى د. وفاء حلمى – ص٦٤، وهامش رقم (١).

أيدته لأسباب أخرى ، وقضت بأنه لا يجوز خلق إفتراض خطأ لم ينص عليه المشرع ، ولذلك يجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة ، بشرط أن ينبه الجراح من يريد إجراء عملية تجميل إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها في ذلك ، ويحصل منه على قبول صريح بها[1] .

وقد قرر الفقيه الفرنسي « جارسون » تمشياً مع هذا الإتجاه ، بأن الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم ، من أعضاء الجسم ، بحجة التجميل ، يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب. وذهب « كورنبرويست » إلى أنه يعد من قبيل الأعمال الشائنة ، ما يزعمه جراحو التجميل ، من إدعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله [2] .

وترتكز هذه النظرة المتشددة على أساس ما تقضي به القواعد العامة من ضرورة أن يكون التدخل الجراحي مقصوداً به تحقيق غرض علاجي ، كتخليص المريض من علة ، أو مرض ، أو للتخفيف من حدته ، أو الوقاية منه . أما الغاية الجمالية التي تصبوا إليها عمليات التجميل ، فتتعارض بالطبع وهذا الغرض العلاجي .

وعلى ذلك ، فقد قضي بمسئولية طبيب ، تسبب في حدوث ندوب وجروح ، لإمرأة عجوز ، في حالة إجراء عملية جراحية لشد جلدها[3] .

---

(١) راجع حكم محكمة «باريس» الإبتدائية الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ – جازيت دى باليه ١٩٢٩ – ١ – ٤٢٤ . عن د. وديع فرج – السابق – ص٤٣٤ ، ٤٣٥ ، وهامش رقم (١) .

(٢) كورنبرويست ص٩٧ . عن د. وفاء حلمي – السابق – ص٦٤ ، ٦٥ ، وهامش رقم(١).

(٣) محكمة «ليون» ، في ٢٧ يونيو ١٩١٣ – جازيت دى باليه ١٩١٣ – ٢ – ٥٠٦ عن د.وفاء حلمي – السابق – ص٦٦ ، وهامش رقم (٢) .

إلا أنه فى مرحلة تالية ، وتحت تأثير ما نجم من تطورات فى العالم ، على إثر الحرب العالمية الثانية ، وما نتج عنها من آثار تتعلق بمشوهى الحرب ، مما إضطر بعض الدول إلى إخفائهم فى أمكنة خاصة بعيداً عن أعين الجمهور ، حتى لا تؤذى الأحياء بمنظرهم المريع ، فيثبت فيهم ذلك السخط على الأنظمة القائمة ، وفى المستقبل التباطؤ فى الدفاع عن الأوطان ، فقد عدل الفقه الفرنسى عن وجهة نظره المتشددة ، بشأن جراحة التجميل ، ولكن بتحفظ شديد ، فميز بين نوعين من تلك الجراحة ، لتحديد مسئولية الطبيب : النوع الأول هو حالات التشويه الجسمية التى ترقى إلى مقام العلة المرضية . أما النوع الثانى ، فيمثل تلك الحالات التى يكون الغرض منها جماليًا بحتًا كعمليات شد الوجه والبطن ، وتصغير حجم الأنف . وهنا لا يكون لتدخل الجراح مبرر ، إلا إذا كانت وسيلته فى إزالة التشويه الجسمانى لا تنطوى - بحسب السير الطبيعى للأمور - على خطر ما بالنسبة لحياة المريض ، أو سلامة جسده .

وعلى هذا ، يعد الطبيب الذى يقوم بإجراء عملية تعرض سلامة جسم الإنسان لخطر محتمل بقصد إزالة قبح لا يتناسب وما قد يناله الشخص من فائدة ، مسئولاً عن الضرر الذى ينشأ ، حتى إذا كان قد حصل على رضاء من أجراها له مقدماً ، وحتى إذا قام بها طبقاً لقواعد الفن الصحيحة (١) .

وفى تطور أخير ، أقر الفقه الفرنسى بمشروعية جراحة التجميل، ونظر إليها على أنها فرع من فروع الجراحة ، بما يترتب على ذلك من إخضاعها لنفس القواعد التى تحكم الأخيرة ، فلقد

---

(١) مونزان (Menzen (R المسئولية الجنائية للطبيب - مجلة العلوم الجنائية وقانون العقوبات المقارن - باريس ١٩٧٢ - ص٢٣٠ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٦٦ ، ٦٧ ، وهامش رقم (١) .

إتسع نطاق مفهوم المرض ، بحيث لم يعد تقتصر على الأمراض العضوية فقط ، بل النفسية أيضاً [1] .

٣٥٩ - ثانيا : تشدد القضاء والفقه بشأن جراحة التجميل والمناداة بوجوب إعتبار إلتزام الجراح إلتزامًا بنتيجة :

إلا أنه ، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة التى تتميز بها جراحة التجميل ، حيث أنها لا تمارس لأغراض علاجية ، كما أنها تجرى فى ظروف متأنية ، فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات ، فضلاً عن أن المريض يكون فى حالة تامة من اليقظة والتبصر ، مما يستدعى شروطاً خاصة فى رضائه ، وتبينه لجوانب العملية المرجوه [2] ، الأمر الذى حدا بالبعض فى الفقه إلى القول بوجوب إعتبار إلتزام الطبيب فى هذا الصدد إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، وليس فقط إلتزاماً ببذل عناية .

ومؤدى ذلك الإتجاه ، أنه إذا لم تتحقق النتيجة المرجوه من هذا العمل الجراحى ، فهذا يعد بذاته تقصيراً من جانب الطبيب الجراح . وعليه لكى ينفى مسئوليته أن يثبت توافر القوة القاهرة ، أو السبب الأجنبى [3] .

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يرى – وبحق – أن إلتزام الطبيب فى هذا الصدد لا يزال إلتزاماً ببذل عناية ، حيث أن هناك عقد مبرم بين الطبيب والشخص الذى تجرى له عملية التجميل ، يلتزم

---

(١) مقال «سيمون» البلجيكى فى المجلة البلجيكية لقانون العقوبات ١٩٣٢ – ص٤٥٧ ، عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٧ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) د. منصور – السابق – منشأة المعارف – ص٧٢ .

(٣) سافاتييه – المسئولية المدنية – جـ٢ – ص٣٦٥ – فقرة ٧٧ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٨ ، وهامش رقم (١) .

بمقتضاه الأول ببذل العناية التى تقضيها الظروف القائمة ، وتتفق مع الأصول العلمية الثابتة فى هذا المجال (١) .

كما أن القضاء ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، رغم تشدده بصدد هذا النوع من العمليات ، إلا أنه مجمع على أن إلتزام الطبيب فى عمليات جراحة التجميل ، إنما هو التزام ببذل عناية ، وليس بتحقيق نتيجة (٢) .

فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأنه « إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة ، بل مجرد إصلاح تشويه جسمه ، وجب على الجراح إستعمال منتهى الحيطة واليقظة فى الفحص قبل إجراء العملية ، وتقدير المخاطر التى قد يتعرض لها من إستعمل له تلك العملية ، وإعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر ، وإلا كان مسئولاً (٣) .

وعلى أى الأحوال ، فإن تشدد القضاء ، فى مثل هذا النوع من الجراحة ، يبدو من عدة نواح منها : ضرورة الحصول على رضاء المريض رضاءاً حراً مستنيراً ، فى إجراء مثل هذا النوع من الجراحة، فيجب على الطبيب أن يبصر المريض بكافة الإحتمالات المترتبة على تدخله الجراحى ، حتى لو كانت تلك الإحتمالات نادرة الحدوث(٤) .

وعلى أى الأحوال ، فإن القضاء يقيم قرينة لصالح الأطباء ، من مقتضاها قيام الطبيب بإلتزامه . وعلى المريض أن يثبت أنه لم يتم

---

(١) عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٨، وهامش رقم (٢) Morel fatio : Mécdine de france . op. cit. p. 271 .

(٢) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٨ .

(٣) راجع بسام محتسب بالله – السابق – ص٢١٨ ، ٢١٩ .

(٤) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٨ .

إعلامه بأبعاد العملية ومخاطرها [1] . فهذه القرينة ، وإن كانت قائمة فى كافة أنواع التدخل الطبى ، إلا أنها تبدو اكثر حيوية بالنسبة لعمليات التجميل ، حيث يميل القضاء إلى الأخذ بمسئولية الطبيب ، وإفتراض أنه قد وعد المريض بنتائج طبية تبريراً لتدخله . ولا بأس أن يحصل الطبيب على إقرار من المريض بعلمه وإلمامه بكافة المخاطر المتوقعة [2] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف «باريس» بأنه « لا خطأ على الطبيب حين يباشر عملاً جراحيًا سواء بهدف العلاج أو التجميل، ولكنه يخطئ إذا لم ينبه المريض قبل إجراء العملية ، بما تحتمله من مخاطر ، حتى يكون رضاؤه بها على علم بحقيقة الأمر»[3] .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية « بأن الطبيب يعد مسئولاً إذا أجرى عملية جراحية لإمرأة تبلغ ستة وستين عاماً ، بقصد إزالة الورم أو التجاعيد الموجودة أسفل عينها ، وقد فشلت العملية ، ونتج عنها عمى بعينها اليسرى ، بالرغم من إتباع الطبيب كافة الأصول الفنية . وقد إعتبر الطبيب مع ذلك مسئولاً لعدم تنبيه المريضة للإحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحى ، حتى لو كانت هذه الإحتمالات نادرة الحدوث ، وذلك حتى يكون المريض على علم بالعناصر التى يمكن أن يبنى عليها تقديره ، خاصة أن وجود الورم

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١١٣ ، وهامش رقم (٤) Civ. 29 mai 1951 D. 1952. 53n. Sawatier .

(٢) راجع د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١١٤ .

(٣) محكمة إستئناف «باريس» ، ١٢ مارس ١٩٣١ – دالوز ١٩٣١ – ص١٤١ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٨ ، وهامش رقم (٣) .

والتجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجًا شديداً لإمرأة بلغت هذا العمر » [1] .

ويتجه القضاء الفرنسي والمصرى ، إلى ضرورة إمتناع الطبيب عن التدخل لإجراء جراحة التجميل ، إذا لم يكن واثقاً من تخصصه ، ودقته ، أو إذا لم يكن هناك قدر من التناسب بين الغاية المرجوة ، والمخاطر المختلفة من وراء الجراحة [2]. وأن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها وليست محلاً للتجارب [3] .

ومن القضايا التى عرضت على القضاء الكويتى فى هذا المجال ، قضية طبيب قام بإجراء عملية ختان ، أزال بها على خلاف الأصول الفنية ، والقواعد العلمية ، كامل الجلد المخلف للذكر ، ولم يقتصر على إزالة الجزء الزائد من جلد مقدمة الطبيب ، والمعروف طبياً باسم «بريبوس Perpus ويوصف بـ " Redundan Akin " ، مما تترتب عليه تشويه القضيب ، وهو الأمر الذى يفيد أن الطبيب الجراح قد إرتكب خطأ مهنياً يوجب المساءلة المدنية .

وقد جاء بأسباب الحكم :

« أن المناط فى مسئولية الطبيب عن خطئه العادى أو الفنى ، سواء اكان يسيراً أم جسيماً هو ثبوت الخروج على الأصول العلمية المسلم بها فى مجال عمله ، والتى إستقرت ، ولم تعد مجالاً للجدل بين أهل التخصص فيه ، بما يعد من قبيل الجهل أو الإهمال ، الذى لا يسوغ أن يصدر عن طبيب .

---

(١) نقض فرنسى ، فى ٢٩ أبريل ١٩٦٨ – جازيت دى باليه ١٩٧٠ – ١ – ٤٩ عن د.وفاء حلمى – السابق – ص٦٩ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٦٩ .

(٣) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١١٠ ، وهامش رقم (٢) Paris 4 jan., 11 juin 1974, 21 déc. 1968, indiet, cites par Chabas .

وأن الشخص الوسط ، الذى يؤخذ معياراً لها الخطأ المهنى ، يجب الا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقًا للقواعد المقررة فى هذا الخصوص ، والذى يختلف فيها الطبيب الممارس ، عن مجرد الأخصائى ، عن العالم الثقة الذى يقصد فى الحالات المستعصية ، إذ لكل طائفة من هؤلاء مستواها المهنى ، ومعيارها الفنى .

وأن إلتزامات الطبيب بوجه عام ، مناطها القواعد المهنية التى تحددها وتبين مداها ، فالمخالفة الواضحة للمبادئ المسلم بها فى الفن الطبى هى وحدها التى يمكن أن تحرك مسئولية الطبيب الذى لا يسأل ، إلا عن خطأ ثابت محقق .

ولا جرم أن يعمل حساب لعجز البشر ، فالفن الطبى لم يكتمل، وتقصر محاسبة الأطباء على الأصول العلمية الثابتة ، مما مؤداه أنه لا يصح أن يسأل الطبيب عن أمر مختلف عليه فنيًا ، ومجرد وجود رأى مؤيد لتصرفه ، يشفع له ، ويحول دون مؤاخذته .

وإن كانت المسئولية الطبية لا تختلف عن المسئولية العادية من حيث درجة الخطأ المتطلبة فى كليهما ، إلا أنها تختلف عنهما بسبب طبيعة إلتزامات الطبيب ومداها ، وهذه الإلتزامات تتحدد بحالة العلم والقواعد المعترف بها فى الفن الطبى المتطور دائمًا – والذى مازال مع ذلك محاطاً بالغموض ومثيراً للجدل – وهى إلتزامات ببذل عناية ، وأن على القاضى تقدير الخطأ المسند للطبيب بمعياره القانونى الواجب دونما حاجة إلى الخوض فى النظريات العلمية المتباينة ، والأساليب المختلف عليها ، وذلك على أساس أن العناية المطلوبة منه ، تقتضى بذل الجهود الصادقة اليقظة لمريضه ، والتى تتفق فى غير الظروف الإستثنائية ، مع الأصول المستقرة فى علم الطب .

وأنه من المقرر أن مسئولية الطبيب ، وبإعتبار أن إلتزامه لا يعدو بذل العناية الفنية اللازمة ، التى تقضيها أصول المهنة ، وليس إلتزاماً بتحقيق غاية ، تترتب وبالضرورة على مجرد الخطأ العادى الذى لا

يتعلق بهذه الأصول ، كالإهمال ، وما هو من قبيله ، والمعيار فيه هو الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى .

كما تترتب أيضاً على الخطأ المهنى الذى يعتبر - وفى كل راى - خروجًا على المسلمات المستقرة فى أصول الفن الطبى ، وقواعده الأساسية، والتى لا يغتفر الجهل بها لطبيب من أوسط زملائه علماً وفناً ، مما مؤداه أن مجرد عدم الإلتزام بمقتضى هذه الأصول المستقرة ، ولو كان يسيراً ، يمثل بذاته خطأ مهنيًا يستوجب مسئولية الطبيب ، وذلك بإعتبار أن كل من يتخذ من الطب مهنة له ، لابد وأن يكون مؤهلاً لها .

وفى مجال الجراحة خاصة ، حتى ولو لم يكن الطبيب من أهل التخصص فإنه لا يجوز ، فى غير حالات الضرورة الملحة أن يتصدى لعلاج حالة ما ، دون أن يكون محيطًا بأصول هذا العلاج ، وأساليبه المجمع عليها ، والتى لا يفترض فى مثله الجهل بها ، وهو أصلاً ممن يمتهنون الطب ، وتلتمس عندهم أسباب العلاج فى القليل على هذا الأساس ، ومن ثم فلا يسوغ أن تتعرض على يديه ، وبسببه صحة الناس ، وربما حياتهم ، لأى خطر (١) .

هذا وقد وصل التشدد فى معاملة هذه الجراحة ، إلى حد إستعمال لغة تقترب من إلزام الطبيب بتحقيق نتيجة .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة « باريس » بأن النتيجة فقط هى التى تبرر التدخل الجراحى بهدف التجميل ، فنظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض ، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل ،

---

(١) محكمة التمييز الكويتية فى ٤/٦/١٩٨٠ ، مجلة إدارة الفتوى والتشريع ١٩٨٢ - ص١٤٢ . عن د. منصور السابق - ٢٠٠٦ - ص٢١٤ - ٢١٦ . والملاحظ فى عبارات الحكم الأخيرة اتجاه المحكمة إلى التشدد ، إذ تقول « ... ومن ثم فلا يسوغ أن تتعرض على يديه ، وبسببه ، صحة الناس .. لأى خطر » . فعبارة « لأى خطر » واضحة فى بيان اتجاه المحكمة للتشدد فى مجال الجراحة .

إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل ، ولم يتم تحذير المريض منها، فينبغي على الطبيب الا يقوم بالعملية ، إلا إذا كان واثقًا من نجاحها ، نظرًا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض ، أو صحته . وقد أدانت المحكمة الطبيب ، رغم ثبوت قيامه بالجهود واليقظة اللازمين ، لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية، عكس ما هو متوقع ، وما يحدث عادة ، فى مثل هذا النوع من العمليات [1] .

وجدير بالذكر ، أن إتجاه التشديد هذا قد بدأ ينتقل إلى محكمة النقض المصرية ، حيث تطلبت من جراح التجميل عناية أكبر . هذا بالإضافة إلى تخفيفها لعبء إثبات خطأ المريض بإقامة قرينة بسيطة لصالحه .

ففى حكم لها حديث نسبيًا ، تقول المحكمة : « إن مسئولية الطبيب الذى إختاره المريض ، أو نائبه لعلاجه هى مسئولية عقدية . والطبيب ، وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه ، أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن إلتزام الطبيب ليس إلتزامًا بتحقيق نتيجة ، وإنما هو إلتزام ببذل عناية ، أى أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودًا صادقة يقظة، تتفق مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى ، وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول . وجراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها ، إلا أن العناية المطلوبة منه ، أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى ، إعتبارًا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه ، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١١٠ ، ١١١ وهامش رقم (١) Paris 7 nov. 1972 - 11 juin 1974 Ibid. .

خطر[1]. ولئن كان مقتضى إعتبار إلتزام الطبيب إلتزاماً ببذل خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب ، كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التجميل فى موضع الجرح ، والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه ، لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل ، وفقًا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه ، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ، ويتعين عليه لكى يدرأ المسئولية عن نفسه ، أن يثبت قيام حالة الضرورة التى إقتضت إجراء الترقيع ، والتى من شأنها أن تنفى عنه الإهمال » [2] .

على أن هذا التشدد قد وجد أصوله فى قضاء سابق لمحكمة إستئناف مصر ، إذ جاء فى أحد أحكامها ، المتعلقة أيضاً بجراحة التجميل أنه « بالنسبة للأطباء الأخصائيين ، فإنه يجب إستعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ، ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض ، بسبب معالجتهم ، لأن من واجبهم الدقة » [3] .

وعلى الرغم من كل هذا التشدد ، والذى يقرب إلتزام الطبيب من حافة الإلتزام بتحقيق نتيجة ، إلا أنه يؤكد – رغم ذلك – أنه مازال يحتفظ بطبيعته كإلتزام ببذل عناية [4] .

---

(١) على أننا نلاحظ ، أن هذه العبارات الأخيرة ، تبدو كأنها تمثل اعتراضا على مشروعية عمليات التجميل على ذاتها « اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه ، وإنما إصلاح تشويه ... » . فإذا كنا قد جوزنا تدخل الجراح لإجراء الجراحة ، فلماذا نعود إذن إلى التشكيك فى جدوى هذا التدخل ؟

(٢)نقض مدنى – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ – سنة ٢٠ – العدد الثانى – ص١٠٧٥ .

(٣) حكم محكمة إستئناف مصر فى ٢٤ يناير – المجموعة الرسمية – س٧ – عدد ٩٢ – ص٢٦٠ .

(٤) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١١١ وهامش رقم (٢) .Lyon 8 jan=

الفرع الثالث

جراحات تحويل الجنس

٣٦٠ - تمهيد وتقسيم :

فى إطار البحث فى جراحات تحويل الجنس ، فإنه يتعين علينا بداءة أن نعرض لطبيعة مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ، وكيفية تشخيص هذا المرض ، وإنتشاره فى العصر الحالى ، ثم من بعد نعرض لموقف الشريعة الإسلامية من جراحة تحويل الجنس ، وأخيراً للموقف من هذه الجراحة ، فى القوانين الوضعية .

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : طبيعة مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر وطرق تشخيصه وإنتشاره .

المبحث الثانى : جراحات تحويل الجنس فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث : جراحات تحويل الجنس فى القوانين الوضعية .

1981 J.C.P. 19699 n . Chabas . penneau, la responsabilité médicale 1977 n.=
.30-53

المبحث الأول
طبيعة مرض الرغبة فى التحول
إلى الجنس الآخر وطرق تشخيصه وإنتشاره

٣٦١ - أولاً : الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ليس مرضًا عصريًا :

لقد أدى التقدم الحادث على صعيد العلوم الطبية ، إلى إمكانية تحويل بعض الأشخاص ، من جنس الذكور ، إلى جنس الإناث ، والعكس . وهذا ما جعل صحيفة « ديلى نيوز » تفجر قنبلة ، فى عددها الصادر فى أول ديسمبر ١٩٥٢ ، إذ أعلنت عن نبأ تحول أحد الرجال المشهور عنهم حب المغامرة والمخاطرة إلى إمرأة ، على قدر من الفتنة والجمال .

ولا يعد مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ، من قبيل الأمراض العصرية ، بل إن أعراضه وظواهره قديمة قدم التاريخ ذاته ، فقد روى عنها حكايات فى أساطير الآلهة اليونانية القديمة ، وكان هناك آلهة خاصة بطائفة الهندوس ، مسئولة عن وفرة هرمونات الذكورة ، بل قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض ، مثل الإمبراطور الرومانى « كاليجولا » ، والملك الإنجليزى « هنرى الثالث» ، والإمبراطورة السويدية « كاترين » . وفى مقاطعة نابلس الإيطالية ، خصصت عقوبة الإخصاء للأشخاص الذين يميلون إلى نفس جنسهم ، وظهرت فى العصر الحالى حركة تدعى Unisex ، وهى تنادى برفض كل تفرقة بين الجنسين ، وإباحة الحرية الجنسية (١) .

---

(١) د. محمد سامى الشوا – بحث بعنوان « عمليات تحول الجنس فى قانون العقوبات » منشور بمجلة الأمن العام – العدد ١١٨ – السنة ٣٠ – ص٥٠ ، ٥١ .

٣٦٢ - ثانياً : طبيعة مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر وطريقة تشخيصه :

وتتمثل أعراض مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ، فى رغبة الشخص العارمة – وعلى الرغم من مظهره الفيزيقى والتكوينى الواضح – فى الميل إلى التحول إلى الجنس الآخر ، وشعوره بالنفور ، والإشمئزاز من أعضائه التناسلية ، فهو يعتبر نفسه ضحية خطأ الطبيعة (١) .

ويتعين التفرقة بين مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ، وبين ما يسمى « بالتخنث » ، والذى هو ظاهره يجمع فيها الشخص بين الأعضاء التناسلية الخاصة بالتذكير والتأنيث فى آن واحد ، ويعارض فى نفس الوقت عملية الفصل بينهما (٢) . كما يختلف هذا الشعور عن الشذوذ الجنسى ، ففيهما على الرغم من الشك والغموض فى مسلك الشخص وهويته الجنسية ، إلا أنه لا يوجد لديه الشعور بالإنتماء إلى الجنس الآخر .

هذا ، وتتحدد أعراض مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر، فى شعوره بعشق الذات ، والرغبة فى الإستعراء الفاضح ، وهو يمر عادة بمراحل ثلاث (٣) : الأولى ، وهى مرحلة إرتداء ملابس النساء ، والثانية الشعور بالرغبة فى تملك الأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الآخر ، وفى المرحلة الأخيرة الرغبة فى التخلص من الأعضاء التناسلية الخاصة به « أى بالمريض » ، والمطالبة بإجراء

---

(١) د. الشوا – السابق – ص٥١ ، د. على حسين نجيدة – بعض صور التقدم الطبى وإنعكاساتها القانونية فى مجال القانون المدنى – التلقيح الصناعى وتغيير الجنس – ١٩٩٠ – ١٩٩١ – ص٥١ ;

(٢) عن د. الشوا – السابق – ص٥٢ ، وهامش رقم (١) Petit - art. préc. p. 267 .

(٣) عن د. الشوا – السابق – ص٥٢ Dezmarz. Manuel de médcin Iégale à l'usage des juristes, P.U.B. 1987, p. 226 - 227 .

عملية جراحية . وفى حالة رفض الإستجابة لطلبه ، فقد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه ، أو الإنتحار .

ويظهر هذا المرض عادة بالنسبة للذكور ، ما بين سن ١٣ إلى ٥٠ سنة ، وبالنسبة للإناث ، فلا يتعدى العشرين عاماً .

ويتطلب تشخيص هذا المرض من جانب الطبيب ، قدراً من الصبر والإخلاص ، فهو من الأمور الصعبة والشائكة ، ويلزم فحص المريض نفسياً وبيولوچيًا ، وبحث ميوله الأسرية ، والإجتماعية ، والمهنية ، وذلك قبل إجراء العملية الجراحية .

وقد أجريت بالفعل العديد من العمليات الجراحية التى تهدف إلى تحويل الجنس ، وذلك فى العديد من الدول الأوربية ، كإنجلترا ، وسويسرا ، وألمانيا ، وبلچيكا ، وهولندا ، والدول الإسكندنافية ، وأيضاً فى الولايات المتحدة الأمريكية (١) .

وعلى الرغم من أن العلاج النفسى لهذا المرض ، يكون مثمراً فى بعض الأحيان ، بشرط أن يكون المريض ما يزال دون مرحلة البلوغ، فإن العديد من التجارب التى أجريت ، سواء بإستخدام التحليل النفسى ، أو التنويم المغناطيسى ، بغرض إقناع المريض بحقيقة جنسه، وتحقيق الإنسجام بين ذاته ، وبين جنسه الظاهر ، لم تؤد إلى نتائج مرضية بعد .

ويبدو أن العلاج الجراحى ، فى ظل الوضع الراهن ، هو العلاج الوحيد لهذا المرض ، فهو يتدارك أوجه الفشل بالنسبة للأساليب العلاجية الأخرى .

---

(١) وفى المغرب وحدها تجرى حوالى ٨٠٠ عملية سنوياً بواسطة الطبيب Burou وفريقه الجراحى . راجع د. على حسين نجيدة- التلقيح الصناعى وتغيير الجنس - ص٥٥ ، وهامش رقم (٣) .

وتتمثل هذه العملية عند الذكور فى إستئصال الخصيتين والقضيب ، وعمل مهبل صناعى ، بإستخدام جزء من الأمعاء .

أما لدى الإناث ، فتتمثل فى إستئصال الثديين والرحم ، وزرع جزء من الجلد على هيئة قضيب .

ومعدل هذه العمليات الجراحية عند الرجال ، يفوق مثيلتها عند النساء ، نظراً لما تنطوى عليه عملية تحويل الأنثى إلى ذكر من مخاطر جسيمة (١) .

٣٦٣ - ثالثاً : إرتفاع نسبة المصابين بمرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر فى الآونة الأخيرة :

على أنه ينبغى ألا يفهم مما سبق ، أن هذا المرض ، أو تلك الظاهرة، يقتصر على طائفة من البشر دون أخرى ، أو على وسط إجتماعى دون سواه ، أو على بلد من بلدان العالم دون غيره ، فالإحصائيات المتوافرة(٢) تشير إلى أنه فى أمريكا هناك واحد فى كل مائة ألف من الذكور ، وواحدة فى كل أربعمائة ألف من النساء مصابين بهذا المرض . وقد إرتفعت نسبة الإصابة بهذا المرض فى عام ١٩٧٥ ، لكى تصل إلى واحد فى كل خمسة وستين ألف من الرجال ، وواحدة فى كل مائة وثلاثين ألف من النساء .

وفى السويد واحد فى كل سبعة وثلاثين ألف من الرجال ، وواحدة فى كل مائة من النساء وصارت أخيراً من ٧٪ إلى ٨٪ (٣) .

---

(١) د. الشوا – السابق – ص٥٢ .

(٢) Towvenin,op. cit. P. 291 note 2 .

وانظر حول هذا المرض وإسبابه وآراء العلماء ورجال الطب – ص١٤٠ – هامش ١٨ حيث أورد ثلاث نظريات علمية منسوبة لأصحابها ، والمراجع المعتمدة فى ذلك .

عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٥٥ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) د. حسين نجيدة – السابق – ص٥٥ .

المبحث الثانى

جراحات تحويل الجنس فى الشريعة الإسلامية

٣٦٤ - الشريعة الإسلامية تجيز إجراء جراحة تغيير الجنس بشروط :

جاء بكتاب الفتاوى الإسلامية ، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية ، رداً على سؤال حول بيان حكم الشريعة الإسلامية ، فى إجراء عمليات جراحية ، يتحول بها الرجل إلى إمرأة ، وما أشبه ذلك . ما يلى :

« ... وعن عروة بن الزبير : أن زينب بنت أبى سلمة ، أخبرته أن أم سلمة أخبرتها أن النبى ، صلى الله عليه وسلم ، كان عندها ، وفى البيت مخنث (بفتح النون وكسرها) ، وهو المؤنث من الرجال وإن لم تعرف عنه الفاحشة ، فإن كان ذلك فيه خلقة فلا لوم عليه ، وعليه أن يتكلف إزالة ذلك ، وإن كان يقصد منه فهو المذموم .

وفى فتح البارى ، يشرح صحيح البخارى ، لإبن حجر العسقلانى ، فى باب المتشبهين بالنساء (أما ذم التشبيه بالكلام ، والمشى ، فمختص ممن تعمد ذلك ، وأما من كان من أصل خلقته ، فإنما يؤمر بتركه ، والإدمان على ذلك بالتدريج ، فإن لم يفعل وتمادى دخله الذم، ولاسيما إن بدا منه ما يدل على الرضا به ، وأخذ هذا واضح من لفظ المتشبهين ، وأما إطلاق من أطلق – كالنووى – وأن المخنث الخلقى لا يتجه عليه اللوم فمحمول على ما إذا لم يقدر على ترك التثنى والتكسر فى المشى والكلام ، بعد تعاطيه المعالجة لترك ذلك ، وإلا متى كان ترك ذلك ممكناً ولو بالتدريج ، فتركه بغير عذر لحقه اللوم. وإستدل لذلك الطبرى بكونه ، صلى الله عليه وسلم ، لم يمنع المخنث من الدخول على النساء حتى سمع منه التدقيق فى وصف

المرأة ، كما فى ثالث أحاديث الباب الذى يليه ، فمنعه حينئذ . فدل على أنه لا ذم على ما كان من أصل الخلقة .

لما كان ذلك : كان من فقه هذه الأحاديث الشريفة ، وغيرها من الأحاديث الواردة فى التداوى ، إجازة إجراء جراحة ، يتحول به الرجل إلى إمرأة ، أو المرأة إلى رجل ، متى إنتهى رأى الطبيب الثقة إلى وجود الدواعى الخلقية فى ذات الجسد ، بعلامات الأنوثة المطمورة ، أو علامات الرجولة المغمورة ، بإعتبار هذه الجراحة مظهره للأعضاء المطمورة أو المغمورة ، تداوياً من علة جسدية ، لا تزول إلا بهذه الجراحة ، كما جاء فى حديث قطع عرق من أبى بن كعب ، وكيه بالنار حسبما تقدم . ومما يزكى هذا النظر ما أشار إليه القسطلانى والعسقلانى فى شرحيهما على النحو السابق ، حيث قالا ما مؤداه : إن على المخنث أن يتكلف إزالة مظاهر الأنوثة ، ولعل ما قال به صاحب فتح البارى : (بعد تعاطيه المعالجة لترك ذلك) واضح الدلالة على أن التكليف الذى يؤمر به المخنث ، قد يكون بالمعالجة . والجراحة علاج ، بل لعله أنجح علاج .

ولا تجوز هذه الجراحة ، لمجرد الرغبة فى التغيير ، دون دواع جسدية صريحة غالبة ، وإلا دخل فى حكم الحديث الشريف ، الذى رواه البخارى عن أنس ، قال : (لعن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم) المخنثين [1] من الرجال والمترجلات من النساء . وقال

---

(١) جاء فى بدائع الصنائع للكاسانى فى كتاب الخنثى ما يلى : (فالخنثى من له آلة كالرجال والنساء ، والشخص الواحد لا يكون ذكراً أو أنثى حقيقة ، فإما أن يكون ذكراً وإما أن يكون أنثى . أما بيان ما يعرف به أنه ذكر أو أنثى ، فإنما يعرف ذلك بالعلامة . وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية ، وإمكان الوصول للنساء. وعلامة الأنوثة فى الكبر نهود الثديين كثدى المرأة ، ونزول اللبن فى ثدييه ، والحبل ، وإمكان الوصول إليها من فرجها ، لأن كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والأنوثة . فالخنثى من حيث يبول ، فإن كان يبول من مبال الذكور ، فهو ذكر ، وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى ، وإن كان يبول منهما جميعاً –

أخرجوهم من بيوتكم ، فأخرج النبى صلى الله عليه وسلم . فلاناً وأخرج عمر فلاناً) رواه أحمد والبخارى .

وإذ كان ذلك : جاز إجراء الجراحة ، لإبراز ما إستتر من أعضاء الذكورة أو الأنوثة ، بل إنه يصير واجباً ، بإعتباره علاجاً ، متى نصح بذلك الطبيب الثقة .

ولا يجوز مثل هذا الأمر لمجرد الرغبة فى تغيير نوع الإنسان ، من إمرأة إلى رجل ، أو من رجل إلى إمرأة . وسبحان الذى خلق فسوى ، والذى قدر فهدى . والله سبحانه وتعالى أعلم (١) .

=يحكم السبق ، لأن سبق البول من احدهما ، يدل على انه هو المخرج الأصلى) . بدائع الصنائع للكاسانى - جـ٧ ص١ . ١٩١ - ص٣٢٧ . عن د. منذر الفضل - المسئولية الطبية فى الجراحة التجميلية - الطبعة الثانية ١٩٩٥ - ص١٩ . وفى المغنى لإبن قدامة أن (الخنثى هو الذى فى قبله فرجان كذكر رجل وفرج إمرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً او انثى ، حيث قال تعالى : ﴿ وانه خلق الزوجين الذكر والأنثى ﴾ ثم قال تعالى : ﴿ وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء ﴾ فليس ثم خلق ثالث، فلا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً او غير مشكل ، فإن لم يكن مشكلاً، بأن تظهر فيه علامات الرجال ، فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء فهو إمرأة له أحكامهن ، وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ، ولا النساء ، فإختلف أصحابنا فى نكاحه) . المغنى لإبن قدامة - جـ٦ - ط٢ . ٥١٣٦٧ - ص٦٧٧ . عن المرجع السابق .

وقد علمنا مما سبق أن مرض الرغبة فى التحول إلى الجنس الآخر ، يختلف عن الخنثى ، ومن ثم نرى أنه يمكن قياس حالة مرض الرغبة فى التحول ، على حالة المخنث ، بمعنى أنه يجوز إجراء الجراحة فى الحالتين ، وذلك متى إنتهى الطبيب الثقة ، إلى وجود الدواعى الخلقية فى ذات الجسد ، بعلامات الأنوثة المطمورة ، أو علامات الرجولة المغمورة ، بإعتبار هذه الجراحة مظهره للأعضاء المطمورة أو المغمورة ، تداوياً من علة جسدية ، لا تزول إلا بهذه الجراحة .

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية - المجلدات الثامن والتاسع والعاشر - القاهرة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢م - ص٣٥٠٢ ، ٣٥٠٢ .

المبحث الثالث

جراحات تحويل الجنس فى القوانين الوضعية

٣٦٥ - أولاً : تقدير مشروعية عمليات تحويل الجنس :

تثير عمليات تحويل الجنس مشاكل على قدر كبير من الأهمية ، فهناك العديد من الأسئلة (١) ، التى تفرض وجودها ، فى هذا الخصوص ، ومن ذلك هل يجوز إبرام عقد طبى ، مؤداه إلتزام الطبيب بتحويل جنس المريض ، إلى الجنس المغاير ؟ وهل لنوع الجنس قدر من الحرمة المتعلقة بالنظام العام ، بحيث يبطل كل إتفاق ينتهك هذه الحرمة ؟ وهل يجوز رفع دعوى قضائية ، للمطالبة بتغيير نوع الجنس المثبت فى شهادة الميلاد ؟ وهل يجوز للشخص الزواج فى هذه الحالة ؟ وفى حالة ما إذا كان متزوجًا ، فهل يلزم بالضرورة ، أخذ موافقة الطرف الآخر ، على إجراء هذه العملية ؟ .

وقد إختلفت خطة التشريعات المقارنة ، بشأن معالجة هذه المشكلة . فبعضها أورد نصوصاً قانونية صريحة ، لتنظيم عمليات تحويل الجنس ، وبعضها الآخر أجاز هذه العمليات ،إستناداً إلى النصوص القانونية التى تبيح الإخصاء أو العقم ، وهناك طائفة أخرى، جاءت خالية من أى نص قانونى خاص ، فى هذا الشأن .

وفيما يلى ، نستعرض موقف التشريعات المختلفة من هذه المشكلة ، بشئ من التفصيل :

---

(١) انظر : Lindon, Aspects juridiques du transsexualisme, art. préc., P. 545.
Nerson, Rectification de l'acte de naissance Rev. trim. dr civ. 1974, p. 801 et s.

عن د. الشوا – السابق – ص٥٢ ، وهامش رقم (١)

٣٦٦ - (أ) التشريعات التى نظمت جراحات تحويل الجنس :

إعترفت بعض التشريعات بمشروعية عمليات تحويل الجنس ، ووضعت لها التنظيمات المفصلة ، وفرضت بشأنها بعض الشروط . ومن هذه التشريعات ، ما يلى :

٣٦٧ - (١) القانون السويدى :

أشار القانون السويدى (١) ، إلى عدد من الشروط اللازمة لإضفاء الطابع الشرعى على العمليات الجراحية التى تهدف إلى تغيير نوع الجنس ، فقد أوضحت المادة الأولى من هذا القانون ، بأن من حق كل شخص مقيد بالسجلات الوطنية ،عند إدراكه سن البلوغ التقدم بطلب لتغيير نوع جنسه ، إذا ما انتابه شعور ، أو رغبة نحو الجنس الآخر . ويشترط أن يكون قد أتم الثامنة عشرة من عمره ، كى تتوافر لديه القدرة على إعطاء رضاء صحيح . ويجب أن يقدم ما يفيد إخضاعه لعملية عقم ، أو على الأقل إنعدام قدرة الإنجاب لديه .

وتشترط المادة الثالثة من هذا القانون بعدم سبق الزواج له ، وأن يكون متمتعًا بالجنسية السويدية . ولا تجرى هذه العملية إلا بعد الحصول على تصريح مستوف للشروط القانونية اللازمة (م٤) . وتطبق فى هذه الحالة النصوص القانونية الخاصة بالإخصاء والعقم .

ويصدر هذا التصريح من جهة إدارية معينة socialstyrelsen . وتقوم هذه الجهة بالفحص والتحقق من هذه الشروط (م٥) ويمكن الطعن فى هذا القرار أمام المحكمة الإدارية (م٦) .

ويستتبع مخالفة هذه القواعد ، توقيع جزاءات جنائية منصوص عليها فى المادتين السابعة والثامنة من هذا القانون .

---

(١) عن د. الشوا - السابق - ص٥٣ ، وهامش رقم (٢) Cité in Bullutin sur les activités législatives du Conseil de l'úrope 1972 no. 6, p. 197.

٣٦٨ - (٢) القانون الألمانى (ألمانيا الديمقراطية) :

أجاز هذا القانون [١] ، فى مادته الثامنة ، للشخص الذى يعانى من نوع الجنس الذى ينتمى إليه ، ولديه إحساس حقيقى بالميل إلى التحول إلى الجنس الآخر ، بأن يتقدم بطلب لتغيير نوع الجنس ، بصفة رسمية ، بعد إستيفاء الشروط الآتية :

– أن يبلغ من العمر ٢٥ سنة .

– الا يكون قد سبق له الزواج .

– أن يكون فاقد القدرة تماماً على الإنجاب .

– أن يبدى إستعداده لإجراء عملية جراحية عليه ، لتصحيح أعضائه التناسلية ، بغية إكسابها مظهراً يتفق والتحول إلى الجنس الآخر .

٣٦٩ - (ب) التشريعات التى أباحت الإخصاء والعقم :

جعلت بعض التشريعات من عملية الإخصاء والعقم عملية مشروعة ، ولكنها لم تترك الأمور على أعنتها ، بل إستلزمت توافر بعض الشروط لإجرائها ، ومن هذه التشريعات ما يلى :

٣٦٩ - (١) القانون الألمانى الصادر فى ١٥ أغسطس عام ١٩٦٩ :

يجيز هذا القانون [٢] .. العمليات الجراحية التى تهدف إلى إخصاء الشخص ، سواء كان ذكراً ، أو انثى ، إذا كان ذلك ينطوى على ميزة علاجية له ، حسب تقدير الأطباء، وسواء تمثلت هذه الميزة فى الوقاية أو الشفاء ، أو مجرد تسكين شذوذ جنسى يعانى منه .

ويشترط لذلك أن يبلغ الشخص سن الخامسة والعشرين من

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٢ ، وهامش رقم (٣) - Cité in Rex. inter - de légis . sanit - 1982, no 3, p. 633

(٢) عن د. الشوا – السابق – ص٥٤ وهامش رقم (١) J. Petit, art. préc., P, 273 .

عمره ، وأن يمنح رضاءه الحر والمستنير ، بعد إخباره بطبيعة ، ومدى جسامة المخاطر المرتبطة بالعملية .

٣٧١ - (٢) مجموعة تشريعات الدول الإسكندنافية :

أباح القانون الدانمركي [١] ، الصادر فى ١١ مايو ١٩٣٥ إخصاء الأشخاص الذين يصابون بشذوذ جنسى ، بسبب عيب فى تكوينهم الفسيولوچى ، أو نتيجة لإنحطاط خلقى جسيم ، يدفعهم إلى إرتكاب الجريمة .

ولا يجوز مباشرة عمليات تحويل الجنس ، إلا بعد الحصول على موافقة وزارة العدل ، وبعد فحص الشخص إكلينيكياً ، وخاصة فيما يتعلق بالغدد الصماء .

ولا يمكن إجراء هذه العملية ، إلا بالنسبة للأشخاص المتمتعين بالجنسية الدانمراكية . وترتب هذه العمليات آثارها القانونية ، بالنسبة لتعديل حالة الشخص .

وبالمثل ، فقد أجيزت فى النرويج عمليات التعقيم ، بمقتضى القانون الصادر فى أول يونيو عام ١٩٣٤ ، وذلك لأجل سبب خطير ، ينفرد الطبيب بتقديره ، وأيضاً تقدير الرضا الصادر من المريض .

ويستند المشروع النرويجى إلى هذا القانون ، من أجل الإعتراف بمشروعية عمليات تحويل الجنس .

٣٧٢ - (٣) التشريع السويسرى :

يعترف المشرع السويسرى [٢] ، بمشروعية عمليات الإخصاء والتعقيم ، بناء على توافر قصد العلاج فى هذه العمليات .

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٥٤ ، وهامش رقم (٢) J. Petit, art. préc., p. 273 .

(٢) عن د. الشوا – السابق – ص٥٤ ، وهامش رقم (٣) J. Petit, art. préc., p. 273 .

وقد إمتد أيضًا قصد العلاج ، فى الفقه السويسرى ، ليشمل عمليات تحويل الجنس . ويكتفى برضاء الشخص فى هذا الشأن .

٣٧٣ - (جـ) التشريعات التى لم تنظم جراحات تحويل الجنس :

إلتزمت هذه التشريعات الصمت التام ، بالنسبة لإقرار ، أو عدم إقرار مشروعية عمليات تحويل الجنس . وقد تصدى الفقه فيها لإبداء رأيه ، فى هذا الشأن ، وإنقسم إلى إتجاهين أساسيين :

٣٧٤ - الإتجاه الأول : الإقرار بمشروعية جراحات تحويل الجنس :

ويمثل هذا الإتجاه الفقه الأنجلوسكسونى ، والبلچيكى . والأساس فى ذلك قصد العلاج المبتغى من وراء عمليات تحويل الجنس ، على النحو التالى :

٣٧٥ - (١) الفقه الأنجلوسكسونى :

يستند الفقه الكندى إلى المادة ٤٥ من قانون العقوبات (١) هناك، لتبرير مشروعية عمليات تحويل الجنس ، حيث تقضى هذه المادة بإعفاء كل شخص لم يحصل على رخصة بمزاولة مهنة الطب ، من أى مسئولية جنائية فى حالة مباشرة أية عملية جراحية ، من أجل

---

(١) عند. الشوا – السابق – ص٥٤ ، وهامش رقم (٤) .

E. Groffier . De certains aspects juridiques du transsesculisme dans le droit quebecois, Trave. de l'Ass. Henri Dapitart T.XXVI, Dalloz 1975, p.204. et S

(٢) عن د. الشوا – لسابق – ص٥٤ ، وهامش رقم (٥) .

Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu, esse pratique sur une autre, pour le bien de cette derriére, une optration chirurgical : a - si l'opération est pratiquée avec de soins et une habilité raisonable et b - s' il est resonable de pratiquer . l'opération étant donnée l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espece .

مصلحة أخر ، وبتوافر شرطين ، أولهما ، أن تجرى بعناية ومهارة معقولتين ، وثانيهما ، أن يكون هناك ما يدعو إلى الإعتقاد بضرورة إجراء العملية ، بالنظر إلى الحالة الصحية للشخص ، لحظة إجراء العملية، وإلى جميع الظروف الأخرى المحيطة به .

ويشترط الفقه الكندى ، أن يكون المريض فى حالة نفسية سيئة ، بحيث تكون العملية الجراحية ، هى الوسيلة الوحيدة للقضاء على الإضطرابات النفسية التى يعانى منها ، بالإضافة إلى ضرورة الحصول على رضاءه الحر ، والمستنير .

ويقع على عاتق الطبيب مهمة تقدير العلاج الملائم لحالة المريض. ويسوى الفقه الكندى بين قصد العلاج ، سواء من الناحية الفسيولوچية ، أو السيكولوچية ، فالصحة البدنية والنفسية ، وجهان لعملة واحدة .

ويعاقب الطبيب الذى يمارس عملية تحويل الجنس – بدون أدنى ضرورة علاجية – وفقاً للمادتين ٢٢٨ ، ٢٤٥ من قانون العقوبات الكندى ، فتقرر المادة ٢٢٨ عقوبة الحبس الذى تصل مدته إلى أربع عشرة سنة لكل شخص ، تسبب فى إيذاء الغير بدنياً .

١- عن طريق الجرح ، أو إحداث تشويه لديه .

٢- أو تعريض حياته للخطر .

وتعاقب المادة ٢٤٥ بالحبس مدة تصل إلى خمس سنوات ، لكل من تسبب ، بدون وجه حق ، فى إيذاء الغير بدنياً ، أو التعدى عليه .

ويستند العديد من الفقه ، فى الولايات المتحدة ، إلى قصد العلاج، بإعتباره أساساً لمشروعية عمليات تحويل الجنس ، على الرغم من أن قوانينها لا تبيح الإخصاء anti - castration .

ومن وجهة نظرهم ، تختلف عمليات الإخصاء، عن تلك التى يراد بها تغيير الجنس ،حيث يتوافر قصد الشفاء فى الثانية، دون الأولى .

ويكتفى قانون الصحة العامة لولاية « ألينوى » الأمريكية بشهادة الطبيب ، الذى باشر عملية تحويل الجنس ، من أجل ترتيب الآثار القانونية الخاصة بها ، من حيث تعديل الجنس ، المثبت فى شهادة الميلاد .

٣٧٦ - (٢) الفقه البلچيكى :

يقر الفقه البلچيكى ، بمشروعية هذه العمليات ، إذا كان لها غرض علاجى حقيقى [1] ، مؤداه تحسين أكيد فى صحة المريض .

ويذهب جانب منه إلى ضرورة الحصول على إذن من الطب الشرعى ، قبل إجراء العملية ، لتجنب أى غش ، أو تحايل ، وأن يقوم قصد العلاج ، فى إطار الضرورة الحقيقية .

٣٧٧ - الإتجاه الثانى : تحريم عمليات تحويل الجنس :

ويمثل هذا الإتجاه ، كل من الفقهين الفرنسى والإيطالى ، وذلك على النحو الآتى بيانه :

٣٧٨ - (١) الفقه الإيطالى :

يحرم الفقه الإيطالى [2] تحويل الجنس ، سواء من الناحية الجنائية ، أو المدنية. فمن الناحية الجنائية ، لا يتوافر قصد العلاج فى هذا النوع من العمليات الجراحية . وفى حالة مخالفة ذلك ، تطبق المادة ٥٥٢ من قانون العقوبات الإيطالى ، والتى تعاقب بالحبس لمدة تتراوح ما بين ستة أشهر ، وسنتين ، وبالغرامة من ٨٠٠٠ إلى ٤٠٠٠٠ ليرة ، كل شخص إقترف أفعالاً من شأنها أن تفقد الشخص الذى وجهت إليه القدرة على الإنجاب ، حتى ولو كان برضاء هذا الأخير ، بل ويتحمل نفس العقوبة الخاصة بالكامل .

---

(١) أنظر : عن د. الشوا – السابق – ص٥٥ ، وهامش رقم (٣) bilitte juridique et famille en droit belge, TraXXVI, Dalloz 1975, p. 44 .

(٢) عن د. الشوا – السابق – ص٥٦ ، وهامش رقم (٣) Rivista penal 1970,p. 327.

ومن الناحية المدنية ، فالمادة الخامسة من القانون المدنى الإيطالى، تحرم كل إتفاق يترتب عليه إنتقاص خطير ، ومستديم ، بسلامة الجسم.

وقد نحا القضاء الإيطالى منحى أخر ، حين قضى بمشروعية عمليات تحويل الجنس ، بمقتضى الحكم الصادر من محكمة «ميلانو» ، فى ١٢ ابريل عام ١٩٧٤ ، تأسيساً على توافر قصد العلاج فيها (١) .

٣٧٩ - (٢) الفقه الفرنسى :

لا يجيز الفقه الفرنسى ، من حيث المبدأ ، عمليات التحول الجنسى (٢) ، فمن الناحية الجنائية ، تقاس هذه العمليات على جريمة الإخصاء، المنصوص عليها فى المادة ٣١٦ من قانون العقوبات الفرنسى ، والتى يقصد بها إستئصال كل عضو ضرورى ، من أجل الإنجاب .

ولا يعفى رضاء صاحب المصلحة الطبيب من أية مسئولية جنائية، فى هذا المجال .

ومن الناحية المدنية ، فهناك مبدأ حرمة الجسم ، والذى يضع الإنسان فوق الإتفاقات القانونية ، ومن ثم فلا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج ، وتنطوى ، فى الوقت نفسه ، على قدر لا بأس به من المخاطر (٣) .

إلا أن الفقه فى فرنسا ، سرعان ما عاود إستئناف دراسة الموضوع من جديد ، بعد أن أحسن فهم المشكلة ، وقدر أبعادها ،

---

(١) د. الشوا – السابق – ص٥٦ ، وهامش رقم (٤) Ferrato, Art, Préc. p. 329 .

(٢) عن د. الشوا – السابق – ص٥٦ ، وهامش رقم (٥) J.Petit, art. préc. P. 275 .

(٣) د. الشوا – السابق – ص٥٦ .

وإستشعر الصعوبات التى تحيط بالشخص الذى تغير جنسه ، على كافة الأصعدة . ومن ثم لم يكن غريباً أن تظهر العديد من المقالات ، والكتابات ، فى هذا الموضوع .

هذا ، علاوة على أن هؤلاء الأشخاص المرضى بهذا المرض ، والذين يشعرون بظلم الطبيعة لهم ، وبأنهم أناس وضعوا فى جلد غير جلدهم ، ولا يشعرون بأى ولاء لجنسهم ، بل تنصرف كل عواطفهم ، وولائهم إلى الجنس الآخر ، هؤلاء الأشخاص قد أسسوا جمعيات قانونية ، هدفها الدفاع عن قضيتهم ، والعمل على سرعة تحويلهم إلى الجنس المقابل .

وكان من أثر ذلك ، أن تأسست فى فرنسا جمعية لهذا الغرض ، أشهر نظامها فى الجريدة الرسمية ، عام ١٩٦٥ (١) .

وكان السبب الرئيسى فى عودة الفقه الفرنسى ، لبحث الموضوع بجدية أكثر ، صدور حكمين من محكمة « سانت إيتين » ، يمثلان إلى حد ما ، خروجاً على القضاء الذى كان مستقراً على عدم مشروعية جراحة التحويل ، ومن ثم عدم ترتيب أى أثر عليها .

صدر الحكم الأول ، بمناسبة فتاة ولدت عام ١٩٤١، وشيئاً فشيئاً شعرت بإنتمائها إلى الجنس الآخر ، وبدأت تسلك مسلك الرجال . وبعد عملية تغيير للجنس تمت فى أمريكا ، صارت على إثرها شاباً يافعاً ، تزوج من فتاة حسناء زواجاً مدنياً ، ثم ما لبث أن أكد هذا الزواج فى شكله الدينى بعد ذلك فى المغرب . ولما عرض الأمر على الخبراء ، أكدوا عملية التغيير، فأمرت المحكمة بإجابة (طلبها) بتغيير إسمها الشخصى ، وتغيير نوعها (جنسها) فى الأوراق الرسمية (٢) .

---

(١) ومقرها 4 Rue Albet - samain, Paris 17 .

وانظر فى ذلك : C.GOLDRACH, 101 conseils du sexologuo Hachette, 1975 P. 83 .

(٢) د. الشوا – السابق – ص٥٩ ، وهامش رقم (٣) .

ويتعلق الحكم الثانى بحالة عكسية ، حيث ولد « كرستان » سنة ١٩٥١ ، وقد شعر بعد فترة بغموض فى هويته الجنسية ، قاده إلى إجراء عملية جراحية ، صار بعدها فتاة .

إلا أن الخبراء الذين عرض عليهم الأمر ، وهم أنفسهم خبراء الحالة السابقة ، تشككوا فى تبريرات ودوافع هذا الشاب لإجراء تلك الجراحة ، وإنتهوا إلى أن الأمر ، لا يعدوا أن يكون خنوثة travestisme ، يمارسها هذا الشاب ، منذ مدة طويلة ، أدت إلى خلط فى الذاتية ، كان يستدعى علاجًا يختلف عن ذلك الذى حدث (١). ومن ثم رفضت المحكمة تغيير حالته المدنية ، وسمحت فقط بإستبدال إسمه الشخصى (٢) .

٣٨٠ - ثانيًا : موقف القضاء من مسألة تحويل الجنس :

عرفنا أن الفقه قد وقف موقفاً متبايناً ، من مسألة تحويل الجنس، فمنه من عارض هذا التحويل ، ومنه من أيده. وقد سقنا بعض الأسانيد ، التى إستند إليها الفقه ، سواء لتبرير معارضته ، أو لتبرير تأييده .

والآن ، نريد أن نعرف ما هو موقف القضاء من هذه المسألة . وهذا ما نستعرضه ، فيما يلى :

٣٨١ - (أ) موقف القضاء الفرنسى :

بداية نقرر ، أن الموقف النهائى للقضاء ، يتوقف إلى حد بعيد

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٦٠ وهامش رقم (١) Trib gr. inp. saint. ctienne 28 mars 1980 D. 1981. p. 270 .

(٢) وكان هذا هو نفس رأى اللجنة الطبية التى شكلتها جامعة الأزهر من تسعة من كبار أساتذة كلية الطب بها ، لدراسة حالة طالب كلية طب الأزهر الذى تحول بعملية جراحية إلى فتاة ، بل تكاد تكون ذات العبارات قد وردت فى تقرير هذه اللجنة . عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٠ ، وهامش رقم (٢) .

على موقفه من إضفاء الصفة العلاجية ، على العملية الجراحية لتغيير الجنس .

وبالنسبة للقضاء الفرنسي ، فإنه لم يعترف بالصفة العلاجية thérapeutique لجراحة تغيير الجنس ، إلا في حالة التداخل الطبيعي للجنس intérassexualité phisique ، كما أنه كان أكثر تساهلاً في قبول تغيير الحالة المدنية للشخص في هذه الحالة .

على أن شرح موقف القضاء الفرنسي ، من مسألة تغيير الجنس، يتطلب منا أن نعرض لفروض ثلاثة ، نتناولها فيما يلي ، بشيء من التفصيل :

٢٨٢ - الفرض الأول : حالات تغيير الجنس القانوني :

يحدد الجنس عند الميلاد : بفحص الأعضاء التناسلية les organes genitaux الخارجية . ثم يدون نوع الجنس (أو النوع) في شهادة ميلاد الصغير ، ويعد هذا البيان عنواناً للحقيقة ، إلى أن يثبت العكس ، ويعني ثبوت العكس إمكان تعديل هذا البيان ، في شهادة الميلاد .

إلا أن هناك مبدأ آخر هاماً ، في القضاء الفرنسي ، مقتضاه عدم قابلية الحالة الجنسية (النوع) للتصرف indisponibité . ولكي يدافع القضاء الفرنسي عن هذا المبدأ ، فإنه يستلزم ألا يرجع تعديل هذه الحالة إلى إرادة طالب التعديل ، أي إلى عمل إرادي من جانبه ، بأي حال من الأحوال (١) .

هذا ، وتشير حالات تغيير الجنس القانوني le sexe legal ، أي المدون بشهادة الميلاد ، إلى أن القضاء الفرنسي ، قد إتخذ في ذلك

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٢٦٢ وهامش رقم (١) NERSON, alis. Rev. trim. dr. civ. 1976 - 121 .

موقفين غير متعادلين في صرامتهما . وذلك على التفصيل التالى:

٣٨٣ - (١) أن يكون البيان المدون فى شهادة الميلاد قد شابه غلط عند الميلاد :

وفى هذه الحالة ، فإنه لا يمكن تغيير بيان الجنس ، فى شهادة الميلاد ، إلا إذا كان البيان الذى دون قد شابه غلط عند الميلاد . وليس هناك ما يمنع من إكتشاف هذا الغلط ، بعد عدة سنوات من الميلاد .

ويترتب على إكتشاف هذا الغلط ، تصحيح البيان ، تصحيحًا يرجع أثره إلى يوم الميلاد . وهناك العديد من الأحكام التى سارت على هذا النهج . وعلى راس هذه الأحكام حكم لمحكمة « باريس » صدر فى ٨ ديسمبر ١٩٦٨ (١) .

ويتعلق هذا الحكم بشاب شعر بإزدواج وغموض فى هويته الجنسية . وفى أثناء جراحة أجريت له ، كشف له عن عضو تناسلى لأنثى . وأكد الخبراء أنه كان هناك غلط ، كما اكدوا أن تخلف الأعضاء التناسلية الداخلية ، القادرة على الإخصاب ، لا يستبعد الجنس الأنثوى les sexe féminin . وعلى إثر هذه الشهادة ، حصلت هذه الفتاة من المحكمة على حكم بتغيير حالتها المدنية ، كان السبب فى ذلك هو ثبوت الغلط ، الذى تمثل فى وجود أعضاء أنثوية ، مطمورة فى جسدها .

٣٨٤ - (٢) ألا يكون البيان المدون فى شهادة الميلاد قد شابه غلط عند الميلاد :

أما فى الحالات التى لم يثبت فيها مثل هذا الغلط ، فإن القضاء

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٦٢ ، ٦٣ ، وهامش رقم (١) Paris 8 déc . 1968, D. 1968 - 289; J.C.P. 1968 - 11 - 15518 note P.N. .

لم يتردد فى رفض تغيير الجنس ، ومن ثم رفض تغيير بيانات الحالة المدنية .

وهذا ما حدث بالنسبة للفتاة Annie ، فقد أصيبت هذه الفتاة أثناء فترة المراهقة adoleseince ، بتقهقر ، أو إرتداد regression ، فى أعضائها التناسلية الداخلية . وعلى إثر عملية جراحية ، وصفت بأنها مشروعة، نظراً لغايتها العلاجية ، أزيلت لها كل الأعضاء الأنثوية ، وغدد الثدى ، وغرس مكانها « قضيب كاذب دون أى دور وظيفى » une pseudo verge sans utilité fonctionnelle .

وأنى ، التى ظهر لها لحية ، ككل الشباب ، أخذت تسلك مسلكهم فى مثل سنها ، إلا أن المحكمة ، رفضت تغيير الجنس ، وأعلنت أن عدم وجود عضو التذكير الداخلى ، حتى ولو كان ضامراً أو هزيلاً atrophié ، يستبعد كل إمكانية للغلط . وأبقت هذا الشاب « أنثى » ، دون أى التفات للجنس النفسى le sexe psychique ، الذى أكد الخبراء مظاهره ، التى بدت على الشاب [١] .

ولم تسمح المحكمة ، إلا بتغيير الإسم الشخصى prenom لهذه الفتاة .

ويتضح من هذين الحكمين أن محكمة « باريس » قد إحتكمت ، فى تعريف الجنس ، وتحديده ، إلى الأعضاء التناسلية الخارجية أولاً ، ثم بعد ذلك الداخلية المغمورة ، أو المطمورة [٢] .

---

(١) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٢ ، ٦٤ ، وهامش رقم (١) Note Benneau sous Paris 24 févr, 1978. J.C.P 1979 - 11- 19202 .

(٢) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٢ ، وهامش رقم (٢) L. Linossier op. cit, note 27 p. 142 .

٣٨٥ - الفرض الثانى : التطور العارض أو المفاجئ الذى يعرض للشباب أو الفتاة :

إلا أن تياراً أكثر تسامحاً فى القضاء الفرنسى ، قبل أسباباً أخرى لتغيير ، أو تعديل الجنس القانونى ، خلاف الغلط عند الميلاد ، من ذلك التطور العارض accidentelle ، أو المفاجئ ، الذى قد يعرض للشاب ، أو الفتاة .

فإذا كان الغلط عند الميلاد يعنى أن للشخص جنساً واحداً ، فى الحقيقة والواقع ، وأن الأمر لا يعد وأن يكون تصحيحاً لغلط قد وقع ، وكشفاً عن العضو الحقيقى ، فإن الإعتداد بالتطور العارض ، يعنى التسليم بأن الشخص كان له جنسان على التوالى ، فنكون بصدد تغيير حقيقى للجنس ، بالنسبة للمستقبل ، ومن ثم تكون عقيدة ثبات الحالة الجنسية ، أو عدم المساس بها immutabilité قد هجرت ، ولم يبق إلا مبدأ عدم جواز التصرف فيها indisponibilité ، بفعل إرادى، من جانب الشخص (١) .

وفى إطار هذا التطور ، نجد حكم النقض الفرنسى ، الصادر فى ١٦ ديسمبر ١٩٧٥ (٢) . وقد صدر هذا الحكم ، بخصوص شاب ، إدعى أنه كان ضحية تدخل جراحى ، من قبل الأطباء الألمان وقت الحرب ، أزيلت على إثره أعضاؤه التناسلية ، وتحول صوته وصدره إلى وضع الأنثى تماماً ، وطالب بأن يصرح له بحمل إسم أنثى ، وتغيير إسمه الشخصى .

رفضت محكمة الإستئناف إجابته إلى طلبه ، لعدم ثبوت غلط

---

(١) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٤ ، وهامش رقم (٣) L.Linossier. op. cit. p. 142 .

(٢) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٤ ، وهامش رقم (٤) Cass civ. 16 déc. 1975 D. 1976 - 89762 espec note Lindon .

حدث عند الميلاد ، أمكن الكشف عنه عند الكشف على أعضائه التناسلية ، إلا أن محكمة النقض لم تقرها على ذلك .

وعلى ذلك ، تكون محكمة النقض قد سلمت فى الحكم بالأثر المحدود للتغيير العارض للجنس ، وذلك بقبول تغيير الإسم الشخصى . ويقصد بالعارض فى هذا الخصوص ، التغيير أو التحول الذى لا يرجع إلى عمل إرادى ، من جانب المحول .

وأكثر دلالة من حكم النقض هذا ، حكم محكة « تولوز » الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٧٧ (١) . وقد صدر هذا الحكم بخصوص فتاة ، شعرت « بشرارة التذكير » amorce masculinisation تسرى فى كيانها، وزاد هذا الشعور لديها ، على إثر إصابة عارضة بالجمجمة trautisme cronien d'origine accidentelle تعرضت لها .

وقال القاضى فى أسباب حكمه : « إن الشخص الذى عانى ، فى تطوره الجنسى ، سواء بفعل الطبيعة ، أو بعامل خارجى ، تحولاً هاماً ، على نحو لا يمكن تحمله ، دون معاناة خطيرة ، فإن حالته الإجتماعية ، يجب أن توافق الجنس الظاهر ، ويكون له الحق فى أن يحصل على تعديل لحالته المدنية .

وعندما لاحظت المحكمة الإتجاه النفسى لهذه « الفتاة » نحو الذكورة ، وإنخراطها فيها ، وعلى الرغم من مظهرها caryatipe الأنثوى ، أمرت بتعديل جنسها القانونى ، وإسمها الشخصى .

٣٨٦ - الفرض الثالث : التطور الطبيعى الحادث دون تدخل إرادى :

ولم يقف الأمر عند إعتداد القضاء الفرنسى بالتطور العارض ،

---

(١) حكم غير منشور – اشار إليه «لينوسير» فى مقاله السابق – ص١٤٢ – فقرة ٣٠ . عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٦٥ ، وهامش رقم (١) .

أو المفاجئ ، بالمعنى السابق ، بل إعتد أيضًا بكل تطور طبيعى evolution naturelle ، طالما أنه ليس إراديًا volontaire (١) .

وفى هذا الخصوص ، يشار إلى حكمين ، صدر أحدهما من محكمة « ديجون » فى ١٢ مايو ١٩٩٧ . والثانى من محكمة «تولوز» ، فى ١١ أكتوبر ١٩٧٨ (٢) .

صدر الحكم الأول ، بخصوص الشاب « أنطوان » الذى كان يتمتع بأعضاء تناسلية خارجية لذكر ، إلا أنها كانت ضامرة atrophies إلى حد كبير .

أجريت لهذا الشاب جراحة ، إستؤصلت فيها هذه الأعضاء ، وغرس مكانها فرج كاذب un pseudo vagin ، ورغم ذلك ، فقد وافقت المحكمة هذا « الشاب » على تغيير جنسه ، ذاكرة فى حكمها : « إن من يعانى فى شخصه تغيراً ، وتحولاً mutation عميقًا ، فى إتجاه واحد irreversible ، يمكن أن يطالب بتعديل الحالة المدنية .

إلا أن دلالة هذا الحكم ، على الإعتداد بالتطور الطبيعى غير العارض ، مشكوك فيها ، لأن الأسباب التى عولت عليها المحكمة ، فى حكمها ، كانت متعددة .

فقد أشارت المحكمة إلى الجنس النفسى ، وهو شعور هذا الشاب بالإنتماء إلى الجنس الآخر ، كما أشارت إلى أن التحول لم يكن إرادياً، بل كان نتيجة لتطور طبيعى evolution naturelle . وأشارت كذلك ، إلى أن التدخل الجراحى ، كان لغرض علاجى ، ومن ثم فلا يعرف بالضبط، على أى من هذه العوامل عولت المحكمة، فى إصدار حكمها.

---

(١) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٢٦٦، وهامش رقم (١) Trib. gr. inst - dijon 1977 Gaz - pal 1977 - 2 - 577 .

(٢) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٢٦٦ وهامش رقم (٢) Toulouse 11 oct 1978 D. 1980 - i° - R 324 .

وصدر الحكم الثانى ، بخصوص الشاب « كريستيان » ، الذى ظهرت عليه علامات الأنوثة فى صور متعددة : شعره الذى تدلى ، وصوته الذى رق وعذب ، وصدره الذى إمتلأ ، ومسلكه الذى تناعم وعلى الرغم من وجود عضو التذكير لديه ، وإن كان ضامراً atrophie، أجابته المحكمة إلى طلبه ، بتغيير جنسه ، بحجة التطور الطبيعى الذى عرض له ، وتغير الجنس النفسى sexe paychique ، بتغير المسلك والإنتماء .

والذى تكرر فى هذين الحكمين ، هو الإشارة إلى الجنس النفسى، الذى يلاحظ بالإنخراط فى الجنس الآخر ، والإنتماء له . كذلك الإشارة إلى التطور الطبيعى .

وأياً كان التطور والتجديد فى هذا القضاء من التغاضى عن التركيز عن الغلط عند الميلاد ، إلى الإعتداد بالتطور العارض ، إلى الأخذ فى الإعتبار التطور الطبيعى ، إلى التسليم بالجنس النفسى .

وأياً ما كان الأمر ، فى هذا التطور ، فإن مبدأ عدم جواز التأثير فى الحالة الجنسية ، بعمل إرادى ، من قبل الشخص ، قد ظل حائزاً على إجماع القضاء . لهذا لم يؤخذ فى الإعتبار التغيير التشريحى الإرادى imodification anatomique volontaire .

ولذلك ، فقد رفضت محكمة « باريس » فى حكمها السابق (١) ، تغيير حالة « أنى » التى صنع منها الجراحون رجلاً ، كما يقول الحكم ، لأن المريضة ، إتخذت قراراً إرادياً ، بالتحول إلى ذكر .

٣٨٧ - غلبة فكرة الجنس النفسى الإجتماعى فى القضاء الفرنسى بعد قضاء « سانت إيتين » :

أما بعد قضاء « سانت إيتين » ، والذى أشرنا إليه سلفاً ، فقد

(١) الحكم السابق فى ٢٤ فبراير ١٩٧٨ ، وتعليق «بانو» . عن د. حسين نجيدة - السابق - ص٦٧ ، وهامش رقم (١) .

أصبحت الغلبة لفكرة الجنس النفسى الإجتماعى sexe psychosocial ، وصارت عنصراً سائداً للحالة الجنسية sexualité .

إلا أن الجنس النفسى الإجتماعى ، الذى يعتمد على الميول ، والإنخراط فى الجنس الآخر ، يمكن أن يتعارض مع بعض المظاهر الأخرى ، ومن ثم فإن الشخص الذى يعانى من الرغبة فى تغيير جنسه ، ويصارع مشاعره ، لا يكون سلوكه ، أو قراره ، بالتحول إلى الجنس الآخر عملاً معقولاً rationnelle أو إرادياً خالصاً ، بل هو نتيجة الإستعداد predispasition الكامن بداخله ، والمسيطر على حواسه ومشاعره ، والذى لا يستطيع كبح جماحه ، ويغلق دونه سبل التفكير المنطقى المحايد . ومن ثم ، فتغيير الجنس لم يعد لدى القضاء الحديث عملاً إرادياً محضاً ، بل هو عملاً موجهًا بقوى ضاغطة ، لا تترك للشخص مجالاً للإختيار .

ويلاحظ من العرض السابق ، أن الإختلاف فى موقف القضاء الفرنسى ، يترتب على الإختلاف فى الفكرة التى يتبناها عن الجنس الذى يتخذ كمعيار .

إذا إحتكم إلى الجنس الوراثى le sexe génétique ، وهو الغالب بيولوجيًا ، فإنه يقدم للقانون المعيار الأكثر تحديداً وإنضباطاً للقول بما إذا كان تحول فى الجنس قد حدث فعلاً أم لا ، إلا أنه ثابت immutable لا يتغير ، ومن ثم فهو لا يترك أية فرصة للخيار الفردى ، فى حالة الإزدواج ، أو التداخل الطبيعى للجنس . ولهذا يعطيه القضاء دوراً إحتياطياً ، ولا يعتمد عليه ، كمعيار وحيد .

والإحتكام إلى الجنس الشكلى le sexe morphologique ، يسمح بتغيير الجنس ، فى الإزدواج الجنسى ، وذلك لتوافر الأعضاء التناسلية لكلا الجنسين ، فى آن واحد ، وإن كان بعضها مطموراً ، أو مغموراً ، وبعضها ظاهراً ، وإن كان ضامراً .

ولا يسمح بالتغيير فى حالة إستبدال الجنس ، أى فى الحالة التى لا يوجد فيها لدى المريض سوى الأعضاء التناسلية الخاصة بجنسه ،

وذلك لأن حالة الإزدواج الجنسى ، هى التى تجعل من المقبول الإختلاف فى الهوية الجنسية l'idetite sexuel ، وإن كان ذلك يستدعى تحديداً دقيقاً للإزدواج الجنسى . وهذا ما صار عليه بعض القضاء [1].

إلا أن القضاء الجديد ، تحت ضغط الآمال الفردية aspirations individuelles والضغوط النفسية ، والإعتبارات الإنسانية ، جعل شرط الإزدواجية ، ذا صفة ثانوية ، أو إحتياطية ، وأخذ الجنس بمعناه النفسى الإجتماعى psycholosocial ، ومن ثم أصبح من المقبول تغيير الجنس ، فى هذه الحالة أيضاً .

وإذا كان القضاء الفرنسى ، قد أصبح – نتيجة هذا التطور – يقر عملية تغيير الجنس ، لمجرد إنخراط الشخص فى الجنس الآخر ، وولائه له ، وإنخراطه فيه « الجنس النفسى الإجتماعى » ، فإن الموقف لم يكن كذلك ، فى بقية البلاد الغربية [2] .

٣٨٨ - (ب) موقف القضاء البلچيكى :

لقد سنحت الفرصة للقضاء البلچيكى ، لكى يعبر عن رأيه فى مسألة تحويل الجنس ، ومدى مشروعية إجراء مثل هذه العمليات .

ومن القضايا التى عرضت على القضاء البلچيكى ، ما قضت به محكمة « بروكسل » ، فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٩ [3] ، من براءة عدد من الأطباء ، كانوا متهمين بتهمة القتل الخطأ .

---

(١) عن د. حسين نجيدة – السابق – ص٧٣ ، وهامش رقم (١) Paris 8 déc 1967 et 24 févr. 1978. precitée .

(٢) د. حسين نجيدة – السابق – ص٧٣ .

(٣) عن د. الشوا – السابق – ص٥٥ ، وهامش رقم(٤) J.T. 1969, 63, Rév. dr. pén. et crim 1969/70, 169 - 186, Anrys, Les professions médicales, TH. préc., p.434.

وتتحصل وقائع هذه القضية ، فى قيام هؤلاء الأطباء بإجراء عملية جراحية لشخص ، بغرض تغيير نوع الجنس لديه ، والتى إنتهت بوفاته .

وقد نسبت النيابة العامة فى بلچيكا ، إلى المتهمين ، تهمة القتل خطأ ، لمباشرتهم عملية جراحية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية، إلا أن المحكمة قضت ببراءتهم ، إستناداً إلى توافر قصد العلاج ، فى هذه العملية .

وفى حكم أخر ، قضت محكمة « بروكسل » [1] ، بقبول دعوى لتصحيح شهادة ميلاد إمرأة تحولت إلى رجل ، على إثر خضوعها لعملية جراحية ، وعلاجها بالهرمونات الملائمة ، بما مفاده الإعتراف بمشروعية عملية تحويل الجنس ، من الناحية القانونية .

هذا ، وقد سبق أن رفضت هذه الدعوى ، أمام محكمة «بروكسل» المدنية ، وذلك للأسباب الآتية :

- أن طلب التعديل محل الدعوى ، لا ينطوى على أى خطأ منسوب إلى مفتش الأحوال المدنية ، لحظة تحرير شهادة الميلاد .

- كما أنه لا يتصور وفقاً للأساليب العلمية المتوافرة آنذاك ، إثبات أن المدعية كانت تنتمى ، بصفة أساسية إلى الجنس المغاير للنوع المثبت بشهادة الميلاد .

- كذلك ، فإن تحديد الجنس الخاص بكل شخص ، يتحدد بلحظة الميلاد ، بدون الإنتظار إلى تعديلات لاحقة عرضية .

- أخيراً ، فإنه ليس فى ظل التشريع الحالى ، أى نص يبيح تعديل البيانات الواردة بشهادة الميلاد ، والخاصة بنوع الجنس ،

---

(١) عن د. الشوا - السابق - ص٥٦ ، وهامش رقم (١) Bruxelles 27 mai 1974, J.T. 74, 713 .

بسبب تغيرات صناعية طارئة على شكل الفرد ، ولمجرد الإستجابة إلى ميول نفسية بحتة .

وقد أيدت نقابة الأطباء البلچيكية [1] من جانبها ، هذا النوع من العمليات الجراحية . وقررت أن هذه المسألة ، يجب النظر إليها على أنها مشكلة علاجية ، تحتاج إلى مساعدة الأطباء ، وليست مشكلة تتعلق بآداب مهنة الطب ، فى ذاتها [2] .

٣٨٩ - (جـ) موقف القضاء الإنجليزى :

أيضاً ، فإن القضاء الإنجليزى ، يأخذ بمشروعية عمليات تحويل الجنس ، فقد صدر حكم بتاريخ ١ فبراير سنة ١٩٧٠ ، فى قضية Corbett V.Corbett [3] ، مقرراً مشروعية عمليات تحويل الجنس ، ومستنداً فى ذلك إلى أن اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية ، والصادرة فى عام ١٩٦٧ ، لا تفترض أية عملية جراحية ، تهدف إلى تحقيق غرض علاجى .

٣٩٠ - (د) موقف القضاء المصرى :

عندما ثارت هذه المشكلة فى مصر ، فى عام ١٩٨٨ ، كان ذلك بمناسبة طالب من طلاب جامعة الأزهر . وقد أصدرت دار الإفتاء فتوى، ورد فيها : « أن الأحاديث الشريفة تجيز إجراء جراحة ، يتحول بها الرجل إلى إمرأة ، والمرأة إلى رجل ، متى إنتهى الطبيب الثقة ، إلى وجود الدواعى الخلقية فى ذات الجسد ، بعلامات الأنوثة المطمورة ، أو علامات الذكورة المغمورة ، بإعتبار هذه الجراحة مظهره للأعضاء

---

(١) عن د. الشوا – السابق – ص٥٦ ، وهامش رقم (٢) J.Petit, Art. Préc, p. 277 .

(٢) د. الشوا – السابق – ص٥٦.

(٣) انظر : G.Brent, art. Préc., p. 414 .

عن د. الشوا – السابق – ص٥٥ ، وهامش رقم (٢) Mme M. Klein. le corps humain, responsa - vaux de l'Association. Henri Capitant, T .

المطمورة ، أو المغمورة ، تداويًا من علة جسدية ، لا تزول إلا بهذه الجراحة (١) .

ويتضح من هذه الفتوى ، أنه ينبغى توافر الأعضاء التناسلية للجنس الذى سيتم التحويل إليه ، لتكون العملية الجراحية ، مجرد كشف عن تلك الأعضاء ، وليست لزرع أعضاء جديدة .

ومؤدى ذلك ، أنه يجوز إجراء الجراحة لغرض علاجى ، تداوياً من علة جسدية ، ولا تجوز الجراحة لمواجهة مجرد حالة مرضية نفسية .

ومن جهة أخرى ، فإنه يتضح بجلاء ، مدى الإتساق الكامل لأحكام القضاء الفرنسى التقليدى ، مع هذه الفتوى ، من ضرورة توافر الأعضاء التناسلية للجنس المحول إليه ، لتكون العملية الجراحية مجرد كشف عن تلك الأعضاء ، وليست لزرع أعضاء جديدة، وأن تكون الجراحة لغرض علاجى ، تداوياً من علة جسدية . كما أن الفتوى لم تعول على الجنس النفسى .

ولنرجع الآن إلى وقائع هذه المشكلة ، فقد كان الطالب المذكور ، كامل الذكورة من الناحية العضوية ، ولكنه – طبقًا لتقارير الطب الشرعى – كان يعانى من حالة نفسية ، وهى تحول جنسى نفسى ، لم يجد معها العلاج النفسى ، والأدوية ، حيث أنه من المعروف علمياً، أن العلاج النفسى ، لهذه الحالة المرضية عادة ما لا يجدى ، بعد سن البلوغ ، وأن التدخل الجراحى التحويلى ، هو الحل الأوحد فى مثل هذه الحالة ، حيث أن المريض أنثى من الناحية النفسية ، وغير صالح لحياة الذكورة .

---

(١) راجع فتوى دار الإفتاء المصرية ، الصادرة بتاريخ ١٩٨٠/٣/٢٣ . سالف الإشارة إليها .

كان هذا الطالب ، وهو طالب بكلية الطب - جامعة الأزهر ، قد بدأ يتصرف تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجى ، منها وضع مساحيق تجميل على وجهه ، وإرتداء ملابس النساء ، وقام بإجراء عملية جراحية بمعرفة أحد مستشارى جراحة التجميل ، تم فيها إستئصال القضيب ، والخصيتين للطالب ، وإستحدثت له فتحة صناعية ، خلف مجرى البول الخارجى .

إنعقد للطالب مجلس تأديب ، والذى قرر فصله نهائياً ، نظراً لأن العملية التى أجريت له ، لم يكن لها موجب طبى ، وتخالف أصول المهنة ، وتعاليم الدين الإسلامى ، وإستند فى ذلك إلى تقرير لجنة طبية ، شكلت لهذا الغرض ، حيث قررت أن الجراحة التى أجريت للطالب ، لم يكن لها دواع طبية عضوية على الإطلاق ، وأنه كان يجب التركيز على العلاج النفسى ، مع التوقف عن تعاطى الهرمونات الأنثوية .

طعن الطالب فى قرار فصله ، أمام محكمة القضاء الإدارى ، مطالباً بوقف تنفيذ القرار ، وإلغائه .

رفضت المحكمة الطلب ، وإستندت فى ذلك إلى أن الطالب ، كان مكتمل الذكورة ، وكانت أعضاؤه التناسلية مكتملة النمو ، ولم يكن لديه أعضاء تناسلية أنثوية ، خارجية أو داخلية ، وأنه وافق على إجراء عملية جراحية ، لم تكن لها دواع طبية عضوية ، على الإطلاق .

أحيل الجراح الذى أجرى العملية ، إلى هيئة التأديب الإبتدائية لنقابة الأطباء ، حيث قررت إسقاط عضويته من النقابة ، ومعاقبة طبيب التخدير بغرامة مائتى جنيه ، وتمت إحالة الموضوع إلى النيابة العامة، إلا أن تقرير الطب الشرعى السابق ، الذى بين الحالة النفسية للطالب ، برأ ساحة الطبيب ، حيث شهد بأنه لم يقم بإجراء العملية الجراحية ، إلا بعد الإطلاع على تقارير الأطباء النفسيين ، وأنه لا يوجد من الناحية الفنية ، ما يمكن نسبته إلى الطبيب ، من خطأ مهنى

، ولم تتخلف لدى الذكور أية عاهة مستديمة ، وأنه يعتبر ، بعد إجراء هذه العملية أنثى ، رغم عدم وجود رحم ومبايض ، أو حدوث دورة شهرية .

أخذت النيابة العامة بهذا التقرير ، وقررت إستبعاد شبهة الجناية، بالنسبة للطبيب ، وتم قيد القضية ، وحفظها إدارياً ، وإعتمد النائب العام هذا القرار ، وتم إلغاء قرار هيئة التأديب ، بحكم مجلس تأديب الأطباء البشريين ، بمحكمة إستئناف القاهرة (١) .

---

(١) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٦٩ – ٧١ .

الفرع الرابع
جراحات التعقيم

٣٩١ - أولاً : المقصود بجراحات التعقيم :

يقصد بالتعقيم La Stésiliration الإجراء الجراحى الذى يهدف إلى جعل الخاضع له ، رجلاً كان أم إمرأة غير قادر على الإنجاب .

والتعقيم على هذا النحو ، له نوعان : الأول علاجى La Stesilisation thérapentique ، تفرضه ضرورة صحية للشخص الذى يخضع له ، ويهدف إلى تفادى المخاطر التى تهدد صحته ، أو حياته ، فيما لو لم يتم هذا الإجراء الجراحى . من ذلك مثلاً تعقيم إمرأة ، يمثل الحمل خطراً على حياتها ، ولا تجدى معها الوسائل التقليدية لمنع الحمل (١) .

٣٩٢ - ثانياً : مدى مشروعية جراحات التعقيم :

لا شك أن جراحات التعقيم ، إذا كانت لها هدف علاجى ، فإنها تكون مشروعة. أما إذا لم يكن لها مثل هذا الهدف ، أى إنتفت عنها الغاية العلاجية ، والتى هى حماية الخاضع لها من مخاطر تهدد حياته أو صحته ، بل هى مجرد وسيلة لمنع الحمل ، فإن إفتقادها لهذه الغاية ، تجعل منها عملاً غير مشروع ، يعاقب عليه جنائياً ، لما يمثله ذلك من مساس بسلامة الجسم (٢) .

فالمبدأ المقرر فى هذا الشأن ، هو حرمة الجسم . وهو يضع الإنسان دائماً فوق الإتفاقات القانونية ، ومن ثم فلا يجوز تعريضه

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٧ ، وهامش رقم (١٣٥) J.Plleau, corps . hunsin, in Répértpire Dillo 1995 no. 206

(٢) د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٧ ، ١٩٨ .

لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج ، وتنطوى فى الوقت نفسه على قدر لا يستهان به من المخاطر (١) .

هذا المبدأ قررته محكمة النقض الفرنسية، فى حكم لها صادر عن الدائرة الجنائية بها ، بتاريخ ١٩٣٧/٧/١ ، والذى أدانت فيه الطبيب الذى قام بإجراء عمليات التعقيم لمجموعة من الرجال ، دون أية غاية علاجية ، بإعتباره مرتكباً لجريمة الجرح العمد مع سبق الإصرار(٢).

كما ذهب جانب من الفقه الفرنسى (٣) إلى تقرير مشروعية هذه الجراحات ، مستنداً فى ذلك إلى نظرية الضرورة ، فأى عمل جراحى، إذا لم تتوافر له ضرورة علاجية ، فإنه يتجرد من صفة المشروعية ، حتى ولو كان بناء على رضاء صاحب المصلحة .

وإلى ذلك أشارت المادة ٢٢ من قانون آداب مهنة الطب فى فرنسا.

ومنذ صدور قانون العقوبات الفرنسى الجديد ، وما نصت عليه المادة ٢٢٢/١١ عقوبات ، فقد بدأ هذا المبدأ يتأكد فى أحكام القضاء هناك .

وعلى ذلك ، فقد رفضت غرفة الجنايات حكماً لمحكمة إستئناف «شامبرى » ، والذى أدان طبيباً جراحاً ، كان قد سمح لنفسه بتعقيم مريضه ، أثناء إجراء عملية لإستئصال كيس على مبيضها ، وذلك دون التأكد من موافقتها .

وقد إعتبرت المحكمة ، أن الطبيب قد تعدى عمداً على التكامل الجسدى l'intégrité physique للمريض ، عندما قام بتعقيمها ، عن طريق ربط قنوات فالوب ، وأن تلك العملية لم تشكل ضرورة حتمية،

---

(١) د. الشوا – السابق – ص٥٦ ، ٥٧ .

(٢) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٨ ، وهامش رقم (١٣٧) ,.Cass. Çiv 1/7/1937. G.P. 1937. 2. p. 358 .

(٣) انظر : Gilbert - Drefus, Th. préc. p. 126. P.E Tesson, art - préc - P. 47 .

ولم يترتب على عدم القيام بها خطورة فورية ، وأن الطبيب لم يتأكد من موافقتها ، ولا من تبصيرها بالمعلومات الكافية عن العملية التى سيجريها ، ولم يكن لها موافقة حرة مستنيرة (١) .

مفاد ما تقدم ، أنه إذا وجدت الضرورة العلاجية ، التى تجعل من هذه الجراحات عملاً علاجيًا ، فإن هذا العمل يدخل تحت لواء المشروعية ، ومن ثم تنتفى عنه مسئولية الطبيب .

وتطبيقاً لما تقدم ، فقد تمكن أحد القساوسة - وكان يعانى من شهوة جنسية مفرطة من الحصول على موافقة السلطات الدينية والقضائية ، لأجل إخصائه (٢) .

٢٩٣ - ثالثا : مبدأ حرمة جسم الإنسان بين الإبقاء عليه والتعديل فى مضمونه :

فى نطاق سعيه للحد من غلواء ، موقف القضاء المتشدد ، بخصوص عمليات تحويل الجنس ، فقد قرر بعض الفقه فى فرنسا بأنه لا يجوز الإستناد إلى مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان للقول بعدم مشروعية هذه العمليات (٣) ، فقد كذب الواقع العملى هذا المبدأ ، حتى حدا بالفقه (٤) إلى القول بأن مبدأ حرمة جسم الإنسان قد نزل

---

(١) عن د. أحمد حسام طه همام - المسئولية الجنائية للهندسة الوراثية للجنس البشرى - الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٦ - ص١٩٤ ، ١٩٥ ، وهامش رقم (١) Cass. Grim. 6 févr. 2001 .

(٢) انظر : L.Massion. Verniory, Charles, Aspects Médieo - psychologique sociaux et juridique de l'homosexualité, Rév. dr. pér, et. crim. 1957/58, p. 279 .

عن د. الشوا - السابق - ص٥٧ ، وهامش رقم (٢)

(٣) ويسرى هذا أيضاً على جراحات التعقيم ، وإن كان يؤخذ ببعض الحذر فى مثل هذه الجراحات .

(٤) عن د. الشوا - السابق - ص٥٧ ، وهامش رقم (٤) Jasserand, La personne humaine dars la p. 802. commerce. jurridique, art. préc., p. I .

من برجه العاجى ، وتنازل عن عرشه ، وأصبح جسم الإنسان محلاً للمعاملات القانونية ، كما لا يجوز الإرتكان إلى الأفكار المتعلقة بالنظام العام ، أو الآداب الحسنة ، لأن هذه الأفكار نسبية جداً ، ومتطورة .

وأياً كان من أمر إستقرار مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان ، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً بتاريخ ٩/٥/١٩٨٣ (١) ، رأى فيه بعض الفقه تحولاً عن موقفها من عدم مشروعية التعقيم الذى يجرى لغير ما ضرورة علاجية .

صدر هذا الحكم فى دعوى تتعلق بسيدة تبلغ من العمر ٢٨ عاماً، كانت قد حملت خمس سنوات . ونظراً لضعف صحتها ، وعدم قدرتها على تحمل وسائل منع الحمل العادية ، ورغبة منها فى عدم تكرار الحمل مرة أخرى ، فقد لجأت إلى أحد الجراحين ، الذى أجرى لها عملية ربط للمبايض ، لتحقيق هذا الغرض ، وبالرغم من ذلك ، فقد حملت هذه السيدة مرة أخرى ، فقامت برفع دعوى ضد الجراح، مؤسسة إياها على عدم قيامه بتبصيرها بخطر إمكانية حدوث حمل، رغم إجراء العملية . وهذا فى الواقع ما أخذت به محكمة النقض فى حكمها المشار إليه ، إذ قررت مسئولية الجراح ، لعدم إعلامه للمريضة بالمخاطر المحتملة ، أو الباقية بعد العملية ، ولو كانت أخطاراً لا تتحقق إلا إستثناء .

وقد إستخلص البعض من هذا الحكم إقرار محكمة النقض بمشروعية التعقيم المستند لإعتبارات طبية إجتماعية (٢) وكان سند

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٨ ، وهامش رقم (١٣٨) .ss. Civ. 9/5/1983
D. 1984, P. 121, note Peneau .

(٢) من هذا الرأى M.M. Soutoul et Pierre, La stérilisation humaine voloutaiere, bilan de ligislation et de jurisprudence en france et en Europe.

مشار إليه فى د. جابر محجوب على – ص٢٩٧ .

عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٨ ، ١٩٩ ، وهامش رقم (١٣٩) .

هذا الرأى ، أن محكمة النقض بإصدارها هذا الحكم على أساس المادة ١١٤٧ من التقنين المدنى الخاصة بالمسئولية العقدية ، تكون قد أقرت بمشروعية محل العملية ، أى التعقيم الإختيارى ، وإن كانت ترى غير ذلك ، لكانت قد إستندت إلى قواعد المسئولية التقصيرية ، لإلزام الطبيب بالتعويض .

ويرى جانب آخر من الفقه – وبحق – أن ما ذهب إليه الرأى المتقدم، إنما يحمل الحكم المذكور بأكثر مما يحتمل (١) ذلك أن ما عرض على المحكمة ، لم يكن يتعلق بمشروعية هذا النوع من التعقيم، وإنما يتعلق بإلتزام الطبيب بالإفضاء ، ومده إلى المخاطر الباقية بعد العملية ، ولو كانت إستثنائية .

ويضيف هذا الجانب من الفقه ، إعتباراً آخر يناهض الإستنتاج السابق ، يتمثل فى أن ظروف الدعوى ، التى عرضت على محكمة النقض ، لم تكن تتعلق بتعقيم إختيارى بالمعنى الدقيق ، فالعملية التى تم إجراؤها ، كانت هى الوسيلة الوحيدة المتاحة ، لتفادى تكرار الحمل ، الذى يهدد حياتها (٢) .

ويخلص هذا الجانب من الفقه ، إلي بقاء عدم مشروعية التعقيم غير العلاجى فى فرنسا ، ذلك أن المادة ١٦ – ٣ من التقنين المدنى الفرنسى ، والتي تقضى بعدم جواز المساس بجسم الإنسان ، إلا لضرورة « طبية » خاصة بالشخص الذى يتم المساس بجسمه ، تؤكد عدم مشروعية التعقيم غير العلاجى ، حيث أن هذا النوع من

---

(١) د. جابر محجوب على – الموضع السابق . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٩ ، وهامش رقم (١٤٠) .

(٢) د. جابر محجوب على – ص٢٩٨ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١٩٩ ، وهامش رقم (١٤١) .

التعقيم ، لا تفرضه ضرورة علاجية ، مما يجعله غير مشروع ، لتعارضه مع النظام العام ، والآداب (١) .

وكنا قد أشرنا ، فيما سبق ، إلى أن القانون الألمانى ، الصادر فى ١٥ أغسطس من عام ١٩٦٩ ، والقانون الدانمركى ، الصادر فى ١١ مايو عام ١٩٦٩ ، والقانون النرويجى الصادر فى الأول من يونيو عام ١٩٣٤ ، وكذلك القانون السويسرى . هذه القوانين قد أباحت عمليات الإخصاء والتعقيم ، وذلك بشروط ، من أهمها ، أن ينطوى الإخصاء على ميزة علاجية للشخص المراد إخصاؤه ، حسب تقدير الأطباء .

وأحياناً ، تتمثل هذه الميزة فى الوقاية ، أو الشفاء من مرض ، أو مجرد تسكين شذوذ جنسى ، يعانى منه ، سواء بسبب عيب فى تكوينه الفسيولوچى ، أو نتيجة لإنحطاط خلقى جسيم ، يدفعه لإرتكاب الجريمة .

ويشترط لإباحة الإخصاء ، فى هذه القوانين ، أن يمنح الشخص المقدم على هذه الجراحة ، رضاءه الحر والمستنير ، وذلك بعد إخباره بطبيعة ومدى جسامة المخاطر المرتبطة بالعملية (٢) .

٣٩٤ - رأينا الخاص :

مما لا شك فيه ، أن الحرص على حرمة جسم الإنسان ، وحمايته من المساس به ، هو مبدأ سليم ، يتطلب العمل دائماً على تفعيله ، إذ هو يحقق فوائد إجتماعية جليلة ، إلا أن المسألة تكون بحاجة إلى

---

(١) د. جابر محجوب على - هامش ص٢٩٩ . وفى عدم مشروعية تعقيم الزوجة دون مصلحة علاجية أو وقائية أو إجتماعية ، وإخضاع الطبيب القائم به لنصوص قانون العقوبات (المواد ٢٤٠ - ٢٤٢ مصرى ، ٣٠٩ - ٣١١ فرنسى) د. أسامة عبد الله قايد - ص٣٥١ . عن د. حسن قاسم - السابق - ص٣٠٠ ، وهامش رقم (١٤٢) .

(٢) راجع د. الشوا - السابق - ص٥٤ ، والهوامش أرقام (١) ، (٢) ، (٣) .

معاودة النظر ، كلما كنا أمام ضرورة تحتم هذا المساس ، وهى غالباً ما تكون ضرورة علاجية ، أو حتى نفسية .

وعلى ذلك ، فلا مانع فى رأينا ، من أن تتم عملية التعقيم ، متى دعت الضرورة إلى ذلك ، والذى يقدر هذه الضرورة ، هم الأطباء ، بما يتوافر لديهم من علم وخبرة ، تمكنهم من ذلك .

٣٩٥ - رابعاً : التعقيم الإجبارى :

رغم أن محاولات النيل من مبدأ حرمة الجسم البشرى ، باتت محصورة فى نطاق دواعى الضرورة العلاجية ، والتى تم تقنينها بالفعل فى بعض التشريعات ، مثل التشريع الفرنسى ، فقد نصت المادة ٤١ من قانون الأدبيات الطبية ذات الصفة التنظيمية ، على أنه « لا يجوز القيام بإجراء عملية مثيرة » ، من دون سبب طبى جدى ، إلا إذا إقتضت الحالة الإستعجالية ، أو الضرورية ، ومن دون أخطار ، وتلقى رضا المعنى بالأمر » (١) .

على الرغم من ذلك ، فلقد رأت بعض الدول ، أن هناك من الحالات ما يحتم المساس بهذا المبدأ ، ليس فقط بتقرير مبدأ المساس بالجسم، بل أيضاً ، بجعله مساساً إجبارياً .

وعلى سبيل المثال ، فقد أجازت الولايات المتحدة الأمريكية ، منذ سنة ١٩٢٧ ، التعقيم الإجبارى بالنسبة للمختلين عقلياً ، وكان ذلك بمناسبة قضية تسمى قضية " Buck " .

كما ذهبت أسبانيا فى ذات الإتجاه ، حيث أكد ذلك حكم المحكمة

---

(١) عن د. أحمد تمام – السابق – ص٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وهامش رقم (١) Environ 22000 par en france selon des chiffres fornis par le rappqrt sur les problemes posés par les pratiques de sterilisation des personnes handicopées du 11 mars 1998 etabi par l'inspection générale des affaires (C.F. atictionnaire permenent de bioéthique, bull n° 10) .

الدستورية العليا هناك ، والصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٩٤ (١) .

إن الإكتشافات المتعلقة بالجانب الوراثى لبعض الأمراض ، وخصوصاً منها المتسببة فى إختلال عقلى ، من شأنها أن تساهم فى وضع سياسات مؤيدة للتعقيم ، وبالتالى ذات أهداف تتعلق بالنسل cugéniques . politique (٢) .

---

(١) عن د. أحمد تمام – السابق – ص٣٢٨ ، وهامش رقم (٢) Arrêt 215/94. Sur cette affaire C.F.P.BON, rapport espagnol au colloque constitution et étique biomedicale precité p. 86 et s .

(٢) د. أحمد تمام – السابق – ص٣٢٨ .

الفرع الخامس

جراحة الرتق العذرى للفتيات

٣٩٦ - أولاً : التقدم الطبي ومشكلة تمزق بكارة الفتاة العذراء :

من العمليات التى إستحدثت فى هذه الأيام ، عملية إصلاح بكارة الفتاة العذراء ، وإعادتها إلى وضعها الطبيعى السابق ، قبل التمزق ، أو إلى وضع قريب منه ، وهو عمل يقوم به الأطباء الجراحون المتخصصون فى ذلك .

ويسمى هذا العمل ، أو ذلك الإصلاح « بالرتق العذرى » ، وتسمى « بالبكارة » - بالفتح - وهى الجلدة التى على قبل المرأة ، وتسمى « عذرة » أيضًا ، والعذراء هى المرأة التى لم تفتض، والبكر هى التى لم يمسها رجل (١) .

والبكارة ، كسائر أجزاء الجسد ، معرضة لأن تصاب بتلف كلى، أو جزئى ، نتيجة حادث مقصود ، أو غير مقصود ، أو بسبب تصرف إنسانى ، وقد يكون هذا التصرف معصية ، وقد لا يكون .

وقد إبتلى القطاع الطبى الحديث ، بالعديد من أمثال هذه القضايا، التى تقوم على العلم المادى المجرد ، وعلى ذلك تجرى التجارب والممارسات الطبية ، التى غالبًا ما تأتى بأفضل النتائج ، مع توافر أحدث أساليب التقنية الحديثة والتى تساعد الأطباء على الوصول إلى ما يبتغونه من أهداف توفر الراحة النفسية ، والإطمئنان القلبى إلى مرضاهم ، وتزيل الآلام النفسية التى قد تتراكم على النفس ، وتؤدى بها إلى الهاوية ، والهلاك .

---

(١) مختار القاموس - طاهر أحمد الزاوى - ص٤١٢ - الناشر دار الكتاب العربى - بيروت . عن د. عبد العزيز الزينى - السابق - ص٢١٨ ، وهامش رقم (٢) .

فالتقدم الطبى ، بلغ شأناً عظيماً ، وإقتحم مجالات كثيرة فى هذه الأيام ، لم تكن فى الحسبان ، ولم تكن تدور بخلد من عاشوا فى القرون السابقة .

فالفتاة التى زالت بكارتها ، لأى سبب من الأسباب ، سواء كان هذا السبب مشروعًا ، أو غير مشروع ، يمكن أن تذهب إلى طبيب متخصص، وعن طريق جراحة بسيطة ، وغير معقدة ، وبتكاليف غير مرهقة للطبقات المتوسطة ، يمكنها أن تعود ، وفىَ وقت بسيط ، عذراء كما كانت ، وذلك لأن الطبيب قام بنقل ، أو غرس شريحة جلدية رقيقة جداً ، مكان غشاء البكارة الذى زال ، وبواسطة هذه الجراحة التجميلية البسيطة ، يمكن للفتاة التى زالت بكارتها ، أن تفوز بفتى أحلامها ، وأن تزف إليه ، كأى عذراء تحلم بهذه الليلة السعيدة ، التى لا يعكر صفوها ، سوى علم الزوج بزوال بكارتها ، وضياع عذريتها - إن لم تقم بهذه الجراحة قبل الذهاب إليه - وذلك لأنه قد نشأت أعراف ، وتقاليد إجتماعية ، تعطى كثيراً من الأهمية ، والإعتبار ، لوجود هذا الغشاء ، فى الفتاة البكر ، وتجعله دليلاً على عفتها ، وتجعل تمزقه قبل الزواج ، عنوانًا على فسادها، وإنحلال أخلاقها ، وترديها إلى مهاوى الرذيلة والفساد ، وإرتكابها جريمة الزنا، مع ما يترتب على ذلك ، من ردود الفعل الفاضحة ، والتى لا ترحم ، عند الزوج وأهله ، وأهل الفتاة ، والناس جميعاً .

وتتراوح الظنون والشكوك ، وتنتشر الأقاويل ، والدعايات ، وتكثر فى أمثال هذه المواطن ، وتكون النتيجة هى تدمير وإنحلال الأسرة الناشئة ، الجديدة ، وإيقاع الأذى فى تلك الفتاة المكلومة فى شرفها ، ومحاولة التخلص منها ، ونشر العار والخزى بين أهليها ، وذويها ، مما يسبب للأسرة جمعاء ، آلاماً نفسية ، لا يعلم مداها ، إلا الله سبحانه وتعالى .

فإصلاح تمزق البكارة وعند الفتاة ، يريح الجميع من هذه المتاعب

النفسية ، ويحافظ على بناء الأسرة الجديدة ، التى مازالت فى دور التكوين ، وتبعد الشرور والحوادث التى قد تحدث بسبب ذلك، وربما تكون هذه الفتاة ، لا دخل لها فى تمزق غشاء بكارتها ، فقد ثبت أن هناك حوادث ، وآفات ، ومصائب ، قد تصيب الفتاة ، فتؤدى إلى تمزق بكارتها ، وذلك كالسقطة الشديدة ، من أعلى إلى أسفل ، والصدمة الشديدة ، والحمل الثقيل ، وطول العنوسة ، وكثرة دم الحيض ، والخطأ فى بعض العمليات التى يكون الغشاء محلاً لها، ونحو ذلك[1].

ويلتحق بذلك جرائم الإغتصاب ، التى قد تقع على الفتاة – وما أكثرها فى هذه الأيام – وإن كانت بالغة راشدة ، فإنها لا حيلة لها ، فيما يصيبها من جراء هذا الإكراه .

٣٩٧ - ثانيًا : الوضع القانونى بالنسبة لجراحة الرتق العذرى :

فى الحقيقة ، فإن القانون الجنائى لم يتعرض لأمثال هذه العمليات الجراحية ، لأن القانون الجنائى حينما أباح مزاولة مهنة الطب ، قيد ذلك بقصد العلاج من علة جسمية يعانى منها الشخص، أو علة نفسية ، يراد بالعلاج إزالتها ، أو فى القليل التهوين من شأنها[2] .

وحينما وضع القانون ، لم يفكر واضعوه فى أمثال هذه العمليات، التى إستخدمت مع مرور الأيام ، ومع التقدم الطبى الحديث، وحاجة الناس إلى ذلك .

ومادام الأمر كذلك ، فلا مانع من تطبيق القواعد العامة الخاصة

---

(١) د. محمد نعيم ياسين – بحث بعنوان : عملية الرتق العذرى : – مجلة الشريعة ص٩٤ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢٠ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. رمسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى – ص٢٤٠ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢٠ ، وهامش رقم (٢) .

بالجراحة التجميلية ، على عمليات الرتق العذرى ، وإصلاح البكارات المفقودة ، بإعتبارها تندرج تحت نوع منها .

ومن المعلوم ، أن عمليات التجميل ، إذا كانت تستهدف إصلاح عضو ، وإعطائه الشكل الطبيعى له ، كفصل الإصبعين الملتصقين ، أو إزالة إصبع سادس ، فهى فى حقيقتها أعمال علاجية ، بإعتبارها ترمى إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعى [١] .

أما عمليات التجميل ، بمدلولها الضيق ، فمن السائغ إباحتها ، إذا لم يكن من شأنها أن تنال الصحة بضرر ، إذ أنها بذلك ، لا تهدر مصلحة الجسم ، فى أن يسير السير الطبيعى العادى ، ثم أنها تحقق له مصلحة ذات أهمية [٢] .

وبتطبيق ذلك على عمليات الرتق العذرى ، نجده لا يختلف ابداً عن هذا ، فالرتق هو إصلاح عضو تالف ، وإعطاؤه الشكل الطبيعى الذى كان عليه ، ويرمى إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعى ، كما أنها لا تهدر مصلحة الجسم ، فى أن يسير السير الطبيعى العادى له ، فضلاً عن أنها تحقق له مصلحة ذات أهمية ، وهى إن لم تكن علاجاً لمرض جسمانى ، فإنها علاج لعلة نفسية ، قد تصبح حياة من تشكو منها ، عبئًا يدفعها إلى التخلص منها . وأنه يشترط لإجراء هذه العملية ، ألا تنشأ عنها علة ظاهرية دائمة ، تكون أشد من تلك التى كان يراد بالجراحة محوها ، أو الحد منها ، وإلا إعتبرت الواقعة جرحاً عمداً ، رغم رضاء صاحبتها [٣] .

---

(١) د. محمود نجيب حسنى فى شرح قانون العقوبات – القسم العام – ص١٨٩ . عن د.عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢١ ، وهامش رقم (١) .

(٢) د. محمود نجيب حسنى – المرجع السابق – عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢١ ، وهامش رقم (٢) .

(٣) د. رمسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى – ص٣٤٢ . عن د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢١ ، وهامش رقم (٤) .

نخلص من ذلك ، أن القانون الجنائى ، لا يمانع فى إجراء مثل هذه العمليات ، وأن نطاق المشروعية يشملها ، طالما تم تطبيق الشروط الواجبة التطبيق فى هذا الشأن ، وتم ذلك برضاء صاحبة الشأن ، مع إبتغاء المصلحة المرجوه من إجرائها ، ولم يترتب على إجرائها ضرر أشد ، أو أكثر من المنفعة المنتظرة ، وذلك أن الحدود المادية، الواجب إلتزامها ، عند مزاولة مهنة الطب ، تتلخص فى أنه يجب، من جهة ، توافر ظرف مادى ، كمرض أو علة ، يكون لازماً معه تدخل الطبيب ، وإلا إعتبر هذا التدخل إيجاداً للعلة ، لا رفعاً لها ، أو تهويناً منها ، وخرج الأمر بذلك ، عن نطاق شرعيته .

ويجب ، من جهة أخرى ، عند المساس بجسم المريض بقصد العلاج ، ألا تحدث علة دائمة بهذا الجسم ، لا يوازيها نفع أكيد ، لدى من حدثت العلة ، فى سبيل علاجه[1] ، بل تكون المصلحة هى الغالبة، وزوال المرض الجسمي والنفسى ، هو الهدف الرئيسى للعلاج .

---

(١) المرجع السابق . أنظر د. عبد العزيز الزينى – السابق – ص٢٢١ ، ٢٢٢ ، وهامش رقم (١) .

الفصل السادس
إثبات الخطأ الطبى

الفصل السادس
إثبات الخطأ الطبى

٣٩٨ - تمهيد وتقسيم :

فى إطار بحثنا فى إثبات الخطأ الجراحى ، يتعين بداءة أن نحدد من هو المتحمل بعبء الإثبات ، وهل هو المريض المدعى ، أم الطبيب المدعى عليه ، فإذا ما إنتهينا من تحديده ، عرضنا على القواعد القانونية والمبادئ القضائية المتعلقة بإثبات الخطأ الطبى ، ثم ، وأخيراً، ننتقل إلى الحديث عن وسائل الإثبات

وعلى ذلك ، فقد رأينا أن نقسم هذا الفصل ، إلى الفروع الثلاثة الآتية :

- الفرع الأول : عبء إثبات الخطأ الطبى .
- الفرع الثانى : قواعد ومبادئ إثبات الخطأ الطبى .
- الفرع الثالث : وسائل إثبات الخطأ الطبى .

الفرع الأول

عبء إثبات الخطأ الطبى

٣٩٩ - أولاً : المريض هو الذى يتحمل بعبء إثبات خطأ الجراح طبقًا للقواعد العامة :

تقضى القواعد العامة ، بأن يتحمل المريض عبء الإثبات ، فالمريض ، بإعتباره مدعيًا فى دعوى المسئولية الطبية ، يقع على عاتقه إثبات خطأ الجراح .

وإذا كان القضاء ، ينظر إلى المريض المضرور ، فى دعوى المسئولية ، بإعتباره مدعيًا بخطأ القائم على علاجه ، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه ، فالملاحظ أن مدى إعمال هذا العبء ، يتوقف إلى حد بعيد ، على حقيقة دور القاضى ، وطبيعة وظيفته فى مجال الخصومة .

وعلى أى الأحوال ، فالملاحظ أنه فى مجال الأخطاء المتصلة بالفن الطبى ، أنه منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير ، الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٥/٢٠(١) والذى حدد العلاقة بين الطبيب والمريض الذى إختاره لعلاجه ، بأنها علاقة عقدية ، والذى لحق به حكم محكمة النقض المصرية ، الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٧/٢٦ – تحدد مضمون إلتزام الطبيب ، تجاه مريضه .

فالطبيب لا يلتزم إطلاقًا بشفاء مريضه ، فالمعلوم أن الشفاء يتوقف – بعد إرادة الله – على عوامل وإعتبارات ، لا تخضع دائمًا لسلطان الطبيب ، أو الجراح ، كمناعة الجسم ، وردود أفعاله ،

---

(١) سابق الإشارة إليه .

وحالته الوراثية ، وحدود العلوم والفنون الطبية [1] .

في المقابل ، فإن الطبيب يلتزم بأن يبذل للمريض العناية الصادقة ، اليقظة ، والمتفقة مع الأصول العلمية الثابتة . هذا هو مضمون الإلتزام الذى يقع عاتق الطبيب تجاه مريضه ، والذى يؤدى الإخلال به إلى تحقق مسئوليته العقدية .

من خلال هذا المضمون ، يمكن إذن إدراج إلتزام الطبيب – فى ضوء تقسيم الإلتزامات ، من حيث مضمونها ، بصفة عامة ، إلى إلتزامات ببذل عناية ، وأخرى بتحقيق نتيجة [2] – ضمن الإلتزامات التى من النوع الأول .

والواقع ، أن تحديد مضمون إلتزام الطبيب ، على هذا النحو ، ينعكس على مسألة عبء إثبات الإخلال بهذا الإلتزام .

ففى مثل هذا النوع من الإلتزامات ، لا يكفى فى شأن الإخلال به، أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة النهائية ، وإنما عليه أن يثبت فوق ذلك ، أن عدم تحققها ، إنما يرجع إلى عدم قيام المدين ببذل العناية ، التى يفرضها العقد .

وإذا كان القضاء والفقه ، قد إنتهيا إلى أن الشفاء هو النتيجة

---

(١) د. وديع فرج – مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – ص٤١٦ . عن د.حسن قاسم – السابق – ص٤٧ ، وهامش رقم (٥١) .

(٢) وهو التفسير الذى قال به الفقه الفرنسى R.Demogue .

Traité des obligations, 1928 T.V, No 1237 .

هذا التقسيم إعتمده الفقه الغالب بعد ذلك . أنظر على سبيل المثال :

H.Mazeaud, Rssai de chassification des obligations R.T.D. civ. 1936 p. 1 ets; A.Tunc, la distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence J.C.P., 1945 - 1 - 449; Marton, obligations de resultat et obligations de moyens, R.T.D. civ. 1934. p. 499.

عن د. حسن قاسم – السابق – ص٤٧ ، وهامش رقم (٥٢) .

المرجوة من عمل الطبيب ، فالإتفاق منعقد على أنه لا يلتزم بتحقيق هذه النتيجة (١) ، وإنما يلتزم فقط ببذل العناية التى تفرضها أصول المهنة الطبية ، على من هم فى مثل موقعه من التخصص (٢) ، على نحو يلزم معه ، لإنعقاد مسئوليته ، قيام المريض بإثبات عدم بذل قدر العناية اللازمة .

وهذا هو فى الواقع ، ما قرره على نحو صريح ، حكم محكمة النقض الفرنسية ، سالف الإشارة إليه .

وقد كان من نتيجة ذلك إستبعاد الفقه الفرنسى ، لنص المادة ١١٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، من مجال إثبات الخطأ الطبى ، هذه التى تقرر أن المدين بإلتزام عقدى ، يسأل عن عدم تنفيذ إلتزامه ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ ، يرجع إلى سبب أجنبى ، لا يد له فيه .

ومؤدى ذلك وجود قرينة خطأ على عاتق المدين بإلتزام عقدى ، إذا لم يقم بتنفيذه ، بحيث لا يكون على الدائن بهذا الإلتزام عبء إثبات هذا الخطأ ، وإنما يكتفى منه بإثبات الإلتزام ، ووقوع الضرر له .فقد حدد الفقه الفرنسى مجال تطبيق هذه المادة ، وقصره على حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة ، أما فى الحالة الأخرى ، أى حالة الإلتزام العقدى ببذل عناية ، فيكون على الدائن عبء إثبات خطأ المسئول .

ويترتب على ذلك ، أنه بالرغم من الطبيعة العقدية لإلتزام الطبيب، فإن الإلتزام الواقع على عاتقه ، لا يكون إلا إلتزامًا ببذل عناية ، ويقع بالتالى على الدائن (المريض) عبء إثبات خطأ الطبيب ،

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص٤٨ ، وهامش رقم (٥٣) Ph. Le Tourneau et L.Cadiet Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit .

(٢) د. مصطفى الجمال – ص١٢ ، وانظر أيضًا د. أحمد شرف الدين – ص٤٦ ، د.محسن البيه – ص١٢٨ ، د. حسن الإبراشى – مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – ص١٣٠ ، عن د. حسن قاسم – السابق – ص٤٨ ، وهامش رقم (٥٤) .

حتى تنعقد مسئوليته ، أو بمعنى آخر ، فإنه يكون على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب ، أو تقصيره فى بذل العناية المفروضة عليه(١) .

كما يترتب على ذلك أيضًا ، عدم إفتراض خطأ الطبيب لمجرد إصابة المريض بضرر ، ولو وجد عقد علاج بينه ، وبين الطبيب ، وإنما يقع على عاتق المريض عبء إثبات هذا الخطأ ، كما لا يجب إفتراض هذا الخطأ ، لمجرد جسامة الضرر ، أو عدم مألوفيته (٢) .

٤٠٠ - ثانيًا : نقل عبء الإثبات فيما يتعلق بالتزام الجراح بإعلام المريض بمخاطر الجراحة :

بعد إستقرار دام ما يزيد على النصف قرن ، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها الثابت ، بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب ، فى صوره المختلفة ، فى نطاق محدد ، هو الخاص بخطأ للطبيب فى القيام بإلتزامه بإعلام المريض ، فألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه ، وكان ذلك بمقتضى حكم Hédruel الشهير ، الصادر فى ١٩٩٧/٢/٢٥ (٣) ، والذى وصف بأنه من الأحكام ذات المبادئ .

---

(١) عن د. حسن قاسم - السابق - ص٤٩ ، وهامش رقم (٥٥) Ph, Le Tourneau et L./Cadiet, Op. cit. p. 753. J.Penneau, La responsabilié médicale, Sirey 1977, P. 133; J.Penneau, La responsabilité du médcin, op. cit. p. 42 .

(٢) عن د. حسن قاسم - السابق - ص٤٩ ، وهامش رقم (٥٧) Ph. Le Tourneau et L.cadiat, Op. cit. p. 753 .

(٣) Cass. Civ 25/2/1997. G.P. - 1 - p. 274 et s.Rapport. P. sargos, note J. Guigue; J.C.P. 1997., Viney, Chromique d'actualité. La responsabilité civile, - 1 - 4025, No 7 - 12 -; R.T.D. Civ. 1997, p. 434, Note. P.Jourdain, R.T.D. san.soc. 1997, p. 288 et s. note L.Dubouis; D. 1997, Somm. p. 319, note J.Penneau .

فقد قررت المحكمة ، فى هذا الحكم ، بأن الطبيب يقع على عاتقه إلتزام خاص بإعلام مريضه . ويقع على عاتقه ، عبء إثبات تنفيذه لهذا الإلتزام .

وبمقتضى هذا الحكم ، ومقارنة بقضاء محكمة النقض السابق عليه، تكون المحكمة قد أجرت نقلاً حقيقيًا لعبء الإثبات ، فلم يعد المريض المدعى عدم قيام الطبيب بإعلامه ، مطالباً بإقامة الدليل على ما يدعيه ، وإنما أصبح على عاتق المدعى عليه « الطبيب » عبء إثبات قيامه بواجبه ، بإعلام مريضه .

وتتلخص وقائع الدعوى ، التى صدر فيها حكم النقض الفرنسى المشار إليه ، فى أن شخصًا يدعى Hédruel ، كان يعانى من آلام فى المعدة ، وقدر الطبيب المعالج له ، ضرورة إجراء عملية جراحية ، تستدعى إستخدام المنظار . وبالفعل أجريت هذه العملية ، غير أن المريض ظل يعانى من آلام شديدة بالمعدة ، وبإعادة الكشف عليه ، تبين إصابته بثقب فى الأمعاء وهو خطر حدد تقرير الخبير إحتمال حدوثه ، فى مثل هذا النوع من العمليات الجراحية ، بنسبة ٣٪ .

رفع المريض الدعوى على الطبيب ، مطالباً إياه بالتعويض ، عما لحقه من ضرر ، إستناداً إلى انه لم يبصره بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة .

رفضت محكمة إستئناف « Rennes » الدعوى ، إستناداً إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام ، يقع على عاتق المريض ، الذى لم يقدم دليلاً على ما يدعيه . وكانت محكمة الإستئناف فى ذلك ، متفقة مع موقف محكمة النقض السائد فى هذا الوقت .

- د.جابر محجوب على – دور الإرادة فى العمل الطبى – ص٤٠٨ وما بعدها ، د.اشرف جابر – التامين من المسئولية المدنية للأطباء – دار النهضة العربية ١٩٩٩ – ص٨٨ وما بعدها – عن د. حسن قاسم – السابق – ص٧٠ ، وهامش رقم (٩٩).

غير أنه ، عندما عرض الأمر على محكمة النقض ، ألغت حكم محكمة الإستئناف ، إستناداً إلى نص المادة ١٣١٥ من التقنين المدنى. وقررت مبدأ عامًا ، بقولها أن من يقع على عاتقه قانونًا ، أو إتفاقًا ، إلتزامًا خاصاً بالإعلام ، يجب عليه أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الإلتزام . ثم طبقت هذا المبدأ على الأطباء ، مقررة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه إلتزام خاص بالإعلام ، تجاه مريضه ، فإنه يكون عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الإلتزام ، وهو ما يتعين معه القول بأن محكمة الإستئناف قد خالفت النص المشار إليه (م١٣١٥ من التقنين المدنى الفرنسى) .

واضح من هذا الحكم أن محكمة النقض ، قد أجرت تحولاً تامًا عن قضائها السابق ، فبعد أن كان المريض ، بصفته مدعياً ، هو الذى يقع على عاتقه عبء إثبات عدم إعلام الطبيب له ، أصبح على عاتق الطبيب ، المدعى عليه ، عبء إثبات قيامه بإعلام المريض .

وبمقتضى هذا الحكم ، تكون محكمة النقض الفرنسية ، قد أضفت مزيداً من الحماية على المريض المضرور، يمكن أن يضاف إلى ما سبق لها، فى هذا المجال، وذلك بإعفائه من عبء إثبات الواقعة التى يدعى بها ، وهى فى ذات الوقت ، جعلت هذا العبء على الطبيب، فهى بذلك تكون قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية ، وجعلت على عاتق الطبيب ، إذا ما أراد التخلص من المسئولية ، عبء إثبات واقعة إيجابية ، أى قيامه بإعلام المريض ، على الوجه المطلوب قانونًا .

لا شك ، أن المادة ١٣١٥ ، من التقنين المدنى الفرنسى « المقابلة للمادة الأولى من قانون الإثبات المصرى » تقيم تفرقة بين المدعى ، والمدعى عليه ، وتجعل هذا الأخير فى موقع أفضل من الأول (١) .

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص٧٣ ، وهامش رقم (١٠٢) Boulauger, art. précit. No. 31 .

فالمدعى عليه يمكن أن يركن إلى موقف سلبى ، فى إنتظار ما تسفر عنه محاولات المدعى ، فى نهوضه بعبء الإثبات ، فإما أن ينجح فى إقامة دليل على ما يدعيه ، فيتحرك المدعى عليه لتفنيده ، وإما أن يفشل فى مهمته ، فيخسر دعواه . وهو ما يؤد إلى أن القواعد العامة فى الإثبات ، تحتفظ بمعاملة تفضيلية للمدعى عليه ، مقارنة بموقف المدعى .

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه من المؤكد ، أن النهوض بعبء الإثبات ، إنطلاقاً من عناصر إيجابية ، أيسر بكثير ، من محاولة إقامة دليل على واقعة سلبية ، تفتقر إلى مظهر خارجى يساندها [1] .

هذا ، وإذا كانت الكتابة ، ليست بصفة عامة ، شرطاً متطلباً فى قيام الطبيب بالتزامه بإعلام المريض ، لذلك فإنه يمكن أن نتصور بسهولة أن تكليف المريض « المدعى » بإثبات عدم قيام الطبيب بإعلامه، يعد أمراً يقارب حد الإستحالة ، إذ أنه لا تتوافر لديه ، تقريباً، أية وسيلة لمثل هذا الإثبات ، بينما المدعى عليه « الطبيب » يمكنه تفنيد مثل هذا الإدعاء السلبى ، من خلال إثبات واقعة إيجابية عكسية، يملك بالتأكيد عناصرها .

على هذا النحو ، وإذا كان من المؤكد ، أن عبء إثبات واقعة إيجابية، يعد أيسر بكثير من عبء إثبات واقعة سلبية ، فيبدو أن قضاء محكمة النقض الجديد ، قد إستلهم ، لتبرير نقل عبء الإثبات، فيما أتى بشأنه ، من الفقه السابق على قضاء ١٩٥١ ، والذى حاول بيان صعوبات هذا العبء بالنسبة للمريض ، إزاء الواقعة السلبية .

نتيجة هذا التحول القضائى العملية ، هى نقل عبء إثبات الواقعة السلبية المدعى بها ، وفرض إثبات واقعة إيجابية ، مقابلة لها ، على عاتق المدعى عليه .

---

(١) عن د. حسَن قاسم – السابق – ص٧٢ ، وهامش رقم (١٠٣) Larguier, art. préci. . No. 2

٤٠١ - الأساس القانونى لتحول إتجاه محكمة النقض الفرنسية بشأن عبء الإثبات :

صدرحكم محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ ١٩٩٣/٢/٢٥ ، إستناداً إلى نص المادة ١٣١٥ من التقنين المدنى ، حيث قررت المحكمة، أنه لما كان الطبيب ، يقع على عاتقه إلتزام خاص بالإعلام ، تجاه مريضه ، فإنه يتعين عليه ، أن يثبت أنه قد نفذ هذا الإلتزام ، وهو ما يتعين معه القول بأن محكمة الإستئناف قد خالفت النص المشار إليه (م١٣١٥) .

وإذا كانت المحكمة لم تشر صراحة إلى أى من فقرتى النص المشار إليه ، إستندت فى قضائها هذا ، فالواضح أنها إستندت فى ذلك إلى نص الفقرة الثانية ، والتى تقضى بأنه ، على من يدعى الوفاء بإلتزامه، أن يثبت ذلك ، أو يقدم الدليل على الواقعة التى أدت إلى إنقضاء إلتزامه .

وبذلك ، تكون المحكمة قد إنتقلت من الفقرة الأولى للمادة المذكورة ، والتى تقضى بأنه على من يطالب بتنفيذ الإلتزام أن يثبته ، والتى كانت سنداً لها فى إلزام المريض – قبل ١٩٩٧ – بإثبات ما يدعيه من خطأ فى مواجهة الطبيب ، إلى الفقرة الثانية من ذات المادة، لتأسيس قضائها الجديد (١) .

---

(١) راجع د. حسن قاسم – السابق – ص٧٦ .

الفرع الثانى
قواعد ومبادئ إثبات الخطأ الطبى

٤٠٢ - (أ) التفرقة فى إثبات الخطأ بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق نتيجة :

تتوقف كيفية إثبات الخطأ - بوجه عام - على تحديد مضمون الإلتزام ، وهل يعد إلتزاماً ببذل عناية ، أم إلتزاماً بتحقيق نتيجة ! .

ففى حالة الإلتزام ببذل عناية ، فإنه يجب على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل فى بذل العناية المطلوبة . ولما كان الأصل أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية ، فيما عدا بعض الحالات الإستثنائية التى يلتزم فيها بإلتزام محدد ، أى بتحقيق نتيجة معينة ، وهى ضمان سلامة المريض ، كما سلف البيان - فإن على المريض ، لكى يثبت خطأ طبيبه أن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً ، أو إنحرافاً عن أصول المهنة ، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب ، وعلى المريض بعد ذلك أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه ، وقعوده عن بذل العناية المطلوبة ، إنما يرجع إلى سبب أجنبى ، فتنعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق مسئولية الطبيب [١] .

على أنه من الواجب الا نغفل أثر تطبيق القواعد العامة فى تحديد مدى الإثبات المطلوب ممن يقع عليه عبؤه ، فرغم أن عبء إثبات الإهمال يقع على عاتق الدائن ، إلا أنه لا يطلب منه أن يقدم دليلاً قاطعًا عليه ، بل يكتفى منه بما يجعل دعواه قريبة التصديق . فالإهمال واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ، ومنها القرائن

---

(١) د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٦ .

القضائية . وأساس التدليل فى هذه القرائن ، هو مبدأ الإحتمال الكافى، أو مبدأ الترجيح .

وعلى ذلك ، فقد يثبت الدائن واقعة تدل على وقوع الإهمال ، لا دلالة قاطعة ، وإنما دلالة كافية لترجيح وقوعه ، فتقوم قرينة قضائية على عدم تنفيذ الإلتزام ، ينتقل الإثبات بمقتضاها إلى المدين ، فيتعين عليه أن ينفى الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة ، ولا سبيل لدى المدين لنفى الخطأ عن نفسه ، بعد أن ثبتت واقعة ترجح إهماله ، إلا أن يبين الظروف التى تمت فيها هذه الواقعة ، والتى من شأنها أن تنفى عنها وصف الإهمال .

وقد يبدو من ذلك أنه ، حتى فى الإلتزام ببذل عناية ، قد يكلف المدين بإثبات السبب الأجنبى والواقع أن هناك فرقاً جوهرياً بين إثبات هذه الظروف التى تنفى الإهمال ، وبين إثبات السبب الأجنبى الذى ترتبت عليه إستحالة التنفيذ ، طبقاً للمادة ٢١٥ . فنفى الإهمال يكون بأن يثبت المدين ما يدل على أن الشخص العادى لو وجد فى مثل موقفه لسلك مثل مسلكه ، فيثبت المدين بذلك أنه قام بتنفيذ إلتزامه ، رغم أن الغاية المقصودة منه لم تتحقق مادام قد أثبت أنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، ولو لم يكن هو الطريق الوحيد الذى يستحيل سلوك غيره . أما إثبات السبب الأجنبى ، طبقاً للمادة ٢١٥ ، فهو يقتضى إقامة الدليل على أن الشخص العادى كان يستحيل عليه أن يسلك مسلكاً آخر غير الذى سلكه المدين (١) ، فيثبت المدين إستحالة تحقيق النتيجة المقصودة من الإلتزام .

فإذا ثبت مثلاً أن الطبيب قد شخص المرض تشخيصاً غير

---

(١) أنظر «مازو» جـ١ فقرة ٦٢٤ – ٦٣٣ هامش ١ مكرر . عن د. غانم – السابق – بند ٣٠ – ص٥٧ ، وهامش (١) .

صحيح ، فلا يطلب منه لكى ينفى الخطأ عن نفسه أن يثبت أنه كان يستحيل تشخيص المرض تشخيصاً صحيحاً ، بل يكفى أن يثبت أن هذا الغلط فى التشخيص كان من الأغلاط التى يقع فيها الأطباء عادة(١) .

وتصدق نفس الملاحظة فى الحالات التى تقوم فيها قرينة قانونية على عدم بذل المدين للعناية الواجبة ، فلا يكلف المدين لإسقاط هذه القرينة بإثبات السبب الأجنبى ، بل يكتفى منه بأن يثبت أنه قد بذل عناية الشخص العادى .

أما عن الحالات التى يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ، فإنه يكفى لإقامة مسئولية الطبيب إثبات الإلتزام الذى يقع على عاتقه ، بالإضافة إلى حدوث الضرر .

ومن هذه الحالات ، الحالة التى يسأل فيها الطبيب بإعتباره متبوعًا لمرتكب الخطأ ، أو التى يمكن فيها إعتبار الطبيب حارسًا للشئ الذى أحدث الضرر ، وكذلك الحالات التى يلتزم فيها الطبيب بضمان سلامة المريض من كل ضرر أخر غير الضرر الذى يمكن أن ينتج عن الطبيعة الإحتمالية للعلاج أو الجراحة ، وذلك مثل حالات نقل الدم والأمصال ، وتركيب الأجهزة الصناعية والأسنان ، هذا بالإضافة إلى الضمان العام الواقع على عاتق المستشفى بسلامة المريض فى إقامته ، وما يتناوله من أغذية ومشروبات ، ونظافته ، ومنع إصابته بالعدوى .

فمجرد إثبات الضرر ، فى مثل هذه الفروض ، يكفى لإنعقاد مسئولية الطبيب ، أو المستشفى على حسب الأحوال (٢) .

---

(١) انظر الغلط فى التشخيص – رسالة الإبراشى – ص٢٦٢ وما بعدها . عن د. غانم – السابق – بند ٣٠ – ص٥٧ ، ٥٨ ، وهامش رقم (١) .

(٢) راجع د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٨٢ ، ١٨٣ .

وتقضى القواعد العامة ، أنه فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ، يكلف المدين بإثبات السبب الأجنبى ، إذا لم تكن النتيجة قد تحققت على الوجه المرضى ، وليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد إرتكب إهمالاً معيناً ، إذ قد ثبت الركن المادى للخطأ بمجرد عدم تحقق النتيجة ، ويفترض القانون أن ذلك راجع إلى فعل المدين ، فيلتزم بالتعويض ، ما لم يسقط هذه القرينة بإقامة الدليل على أن سبباً أجنبياً ، لا يد له فيه ، قد جعل تنفيذ الإلتزام على الوجه المرضى مستحيلاً .

والسبب الأجنبى – كما بينا سلفاً – إما أن يكون حدثاً لا يمكن نسبته لأحد من الناس ، وتلك هى القوة القاهرة ، أو الحادث الفجائى، وإما أن يكون فعلاً صادراً من الدائن ذاته « المريض » أو فعل شخص من الغير .

ولا يكفى ، لكى يتخلص المدين من المسئولية ، أن يثبت أنه لم يهمل ، وأنه قد بذل عناية الشخص العادى لتحقيق النتيجة المقصودة. فهذا الإثبات لن يجديه فى شئ ، إذ هو لم يلتزم ببذل عناية، بل بتحقيق نتيجة . وإذن ، فقد ثبت عدم تنفيذ الإلتزام ، مادامت النتيجة لم تتحقق . ولا سبيل إلى نفى الخطأ ، بعد أن ثبت عدم التنفيذ ، إلا بنفى العنصر المعنوى ، بنفى نسبة عدم التنفيذ إلى المدين ، فالخطأ هو عدم تنفيذ واجب ، كان فى الوسع تبينه والتزامه ، فيتعين على المدين أن يثبت أنه لم يكن فى الوسع أن يقوم بواجبه ، بأن يثبت أن سبباً أجنبياً لا يد له فيه ، هو الذى ترتبت عليه إستحالة التنفيذ وعلى ذلك ، ففى الأحوال التى يظل فيها سبب عدم التنفيذ مجهولاً ، لا يدرى إن كان راجعًا إلى المدين ، أم إلى سبب أجنبى جعل التنفيذ مستحيلاً ، يظل المدين مسئولاً .

ويفسر البعض بقاء مسئولية المدين ، ولو أثبت أنه بذل عناية الشخص العادى ، مادام أنه لم يثبت قيام السبب الأجنبى ، بالقول بأن خطأ المدين ليس خطأ مفترضًا ، بل هو خطأ ثابت ومحقق ، بمجرد

عدم التنفيذ ، فلا سبيل إلى التخلص من المسئولية بنفيه ، وإنما يكون السبيل إلى ذلك نفى ركن السببية بإثبات السبب الأجنبى ، أى أن السبب الأجنبى لا ينفى الخطأ ، بل إن الخطأ «يتحقق حتى ولو كان عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كالقوة القاهرة » . ولكن المسئولية لا تتحقق لإنعدام ركن السببية .

ويعيب هذا الرأى ، أنه يؤدى إلى تجريد لفظ الخطأ من معناه ، فلا يستبقى من الخطأ سوى الإسم وحده ، فهو يؤدى إلى إعتبار المدين مخطئاً ، رغم أنه فى الحقيقة غير ملوم ، إذ لا غبار على سلوكه مادام أنه لم ينفذ إلتزاماً إستحال تنفيذه إستحالة مطلقة ، بسبب لا يد له فيه (١) .

ومن ناحية أخرى ، كيف يجوز أن يقال إن الخطأ هو مجرد عدم التنفيذ ، وأن السبب الأجنبى الذى ترتبت عليه إستحالة التنفيذ ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ؟ من الواضح أن الضرر الذى أصاب الدائن قد نتج عن عدم التنفيذ ، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون عدم التنفيذ ذاته راجعاً إلى سبب أجنبى .

والواقع ، أن هذا الرأى يغفل تفرقة أساسية بين نوعين من السببية : الأولى تدخل فى تكوين ركن الخطأ ، وهى تلك التى تنحصر فى نسبة عدم التنفيذ إلى المدين . والثانية هى السببية بمعناها الدقيق ، بوصفها ركناً مستقلاً من أركان المسئولية ، وهى تلك التى تربط خطأ المدين بالضرر الذى أصاب الدائن ، فلا ينفيها إلا السبب الأجنبى الذى نتج عنه الضرر ، لا السبب الأجنبى الذى نتج عنه عدم التنفيذ ، ولهذا يحسن أن يقصر إطلاق لفظ السببية على النوع الثانى وحده ، حتى لا تختلط أركان المسئولية ، ويتضح بذلك .

---

(١) د. غانم – السابق – بند ٢٩ – ص٥١ – ٥٣ .

إستقلال ركن الخطأ ، وهو يتضمن نسبة عدم التنفيذ إلى المدين ، عن ركن السببية بين هذا الخطأ والضرر الذى أصاب الدائن .

الصحيح إذن ، أن السبب الأجنبى الذى تسبب فى إستحالة التنفيذ لا ينفى السببية بين عدم التنفيذ والضرر ، بل هو ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ بنفى نسبته إلى المدين . فالخطأ ليس محققاً بمجرد عدم التنفيذ ، أى بمجرد عدم تحقق النتيجة ، بل هو لا يتحقق إلا إذا كان عدم تحقق النتيجة منسوباً إلى المدين ، وهذا هو ما إفترضه المشرع بإفتراض عدم وجود سبب أجنبى ، وبتكليف المدين عبء إثبات وجوده . وفى هذه الحدود لا يصح القول إن الخطأ ، فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ، خطأ مفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة ، وليس خطأ ثابتاً أو محققاً .

على أنه يجوز بنص المادة ١/٢١٧ من القانون المدنى « الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة » . وفى هذه الحالة يظل المدين مسئولاً عن عدم تحقق النتيجة ، ولو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . وتكون المسئولية عندئذ بمثابة تأمين للدائن ، وليس أساسها خطأ المدين (١) .

٤٠٣ - ثانيا : إنطباق قواعد إثبات الخطأ العقدى على الخطأ التقصيرى :

إذا كان إثبات الخطأ ، يتحدد على هذا الوجه ، وفقاً لطبيعة محل الإلتزام، لا حسب نوع المسئولية الناجمةعن الإخلال به ، فإن قواعد إثبات الخطأ العقدى تنطبق على إثبات الخطأ التقصيرى .

فقد سبق أن أوضحنا ، أنه إذا كان الغالب أن مسئولية الطبيب ، تجاه مريضه ، هى مسئولية عقدية ، إلا أن الأمر لا يمنع من قيام مسئوليته التقصيرية ، تجاه مريضه ، فى بعض الحالات .

---

(١) د. غانم – السابق – بند ٢٩ – ص٥٣ – ٥٦ .

فكمـا أن المريض الذى يطالب الطبيـب ، بناء على العـقـد المبـرم بينهمـا، بتعـويض عن إستفـحال علته ، عليـه أن يثبت خطأه ، بإقـامة الدليل على واقـعة ، أو وقـائع محـددة ، تعـتبـر قصـوراً فى بذل العناية المطلوبة منه فى عـلاجه ، فـكذلك المضـرور الذى يسـتند فى دعـوى التّـعـويض ، إلى المادة ١٣٨٢ من التـقـنين المدنى الفـرنسـى (المقـابلة للمـادة ١٦٣ مـن التـقنين المدنى المصـرى) عليـه أن يثبـت خطأ المدعى عليه ، بإقامـة الدليل على واقعة ، أو وقائع مـحددة ، تعتبـر إنحرافاً فى سلوكه ، لأن المادة ١٣٨٢ مـدنى فرنسـى ، والمادة ١٦٣ مدنى مـصـرى، إذ تفـرض على كل شـخص فى الجـماعـة ، عدم الإنحـراف عن السـلوك المألوف فـيها ، تلقى عليه واجبًا عـاماً ، اسـمـاه البـعض من الفـقـه ، إلتزاماً مـحله ، ليس عدم الإضـرار بالآخرين ، بل بذل عناية معينة من شأنها تجنب الإضرار بهم [1] .

٤٠٤ - ثالثـاً : آراء القـضـاء والفـقـه فى بعض المسـائل المتـعلقـة بإثبات خطأ الطبيب أو الجراح :

٤٠٥ - (أ) توسع الفـقه فى إلتـزامات الطبيب وإدراج الكثيـر منها فى الإلتزام بنتيجة :

بداية تقرر ، أن حـصر نطاق الإلتزام بعناية ، والتـوسـع المقابل فى مـجال الإلتـزامـات بتـحـقيق نتـيجـة ، كـان فى الواقـع أداة من الأدوات ، التى تسـتخدم للـحد من الإسـناد المبدئى ، لعبء إثبات الـخطأ الطبى .

وبطبيعة الـحـال ، فإن إلتزام الجراح بتحقيق نتـيجة ، ينصرف إلى تلك الأعمال ، التى تكون ، بحكم طبيعـة الأداء الذى سيقوم به ، خالية من عنصـر الإحـتمـال ، أو التى يتـضاءل فـيها هذا العـنصـر ، إلى حـد بعيد .

---

(١) راجع د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٦ ، ٨٧ ، والهوامش من (١) إلى (٤) .

ويرى بعض الفقه ، أن هناك صوراً للأعمال التى يقوم بها الطبيب الجراح ، وبالنظر إلى الغرض منها ، يتعين أن تندرج ضمن الإلتزام بتحقيق نتيجة ، مما مؤداه ، إمتناع الجراح عن القيام بها ، ما لم يكن واثقًا من تحقيق النتيجة المرجوه منها ، وأنه يكفى ، فى مثل هذه الحالات أيضًا ، عدم تحقق النتيجة ، للقول بقيام مسئولية الطبيب ، عن الأضرار التى تصيب المريض ، من جراء القيام بها (١) .

ومن هذه الأعمال ، ما يقوم الجراح بإجرائه ، من عمليات التجميل ، فقد ذهب البعض من الفقه ، إلى أن مثل هذه العمليات ، لا تفرضها ضرورة علاجية ، ولذلك ، يقع على عاتق جراح التجميل إلتزام بتحقيق نتيجة ، بحيث يصبح مسئولاً عن فشل العملية ، أى عدم تحقق النتيجة المأمول منها ، ما لم يثبت الطبيب السبب الأجنبى، الذى حال بينه ، وبين عدم تحقق هذه النتيجة (٢) .

وعلى الرغم من ذلك ، فلا زال الإتجاه الغالب ، ينظر إلى إلتزام جراح التجميل ، بإعتباره إلتزامًا ببذل عناية (٣) ، إستناداً إلى أن جراحة التجميل ، كغيرها من الجراحات ، تتضمن أيضًا عنصر الإحتمال .

على أن الملاحظ فى هذا الشأن ، هو تشدد القضاء ، تشدداً ملحوظاً ، فى تقديره لمدى قيام جراح التجميل بتنفيذ إلتزامه ، فهو

---

(١) راجع د. مصطفى الجمال – ص١١٤ ، د. محسن البيه – ص٢٢٠ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١١ ، وهامش رقم (١٩٦) .

(٢) R.savatier. Traité de la responsabilité civile. 2 e éd - T2. 1951 p. 391 .

ومن هذا الرأى فى الفقه المصرى د. محمد عادل عبد الرحمن – المسئولية المدنية للأطباء ، القاهرة ١٩٨٥ – ص١٧٤ ، ١٧٥ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٢ ، وهامش رقم (١٩٧) .

(٣) انظر على سبيل المثال : عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٢ ، وهامش رقم (١٩٨) Le Tourneau et Cadiet, Op. Cit. p. 443 .

يقبل بسهولة إعتباره مخطئاً ، إذا لم يترتب على العملية التى أجراها أى تحسن جمالى [1] . كما أن عليه أيضاً أن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها ، وليست محلاً للتجارب ، وأن يمتنع عن اللجوء إلى الطرق العلاجية الحديثة ، التى يمكن أن تؤدى إلى تعقيدات خطيرة ، وتكون نتائجها غير مضمونة [2] .

وسوف نأتى إلى تفاصيل أكثر ، خاصة بهذا الموضوع ، فى الفقرة التالية .

ومن العمليات الجراحية ، التى أثير بشأنها أيضاً ، طبيعة إلتزام القائم بها ، جراحة نقل الأعضاء ، وكنا قد تعرضنا إلى أن البعض من الفقه ، قد ذهب إلى أن إلتزام الطبيب القائم بها ، تجاه المتبرع بالعضو محل النقل ، يجب أن يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، إستناداً، بصفة أساسية ، إلى أن مشروعية مثل هذه الجراحة ، مشروطة بإنتفاء ما يهدد حياة من ينقل منه العضو ، أو يعرضه للخطر .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا وقع ضرر لهذا المتبرع، أثناء أو بعد نقل العضو منه ، يفترض خطأ الطبيب الجراح ، بحيث لا يكلف المضرور بإثبات خطئه ، وإنما يمكن على هذا الأخير ، إذا ما أراد التخلص من المسئولية ، إثبات السبب الأجنبى ، الذى أدى إلى وقوع الضرر [3] .

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٢ ، وهامش رقم (٢٠٠) C.A.Paris 21/9/1990. D. 1991. somm. p. 100. obs. J.Penneau C.A Paris. 13/1/1959. J.C.P. 1959 - 1 - 11142 .

(٢) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٢ ، وهامش رقم (٢٠١) C.A.Paris. 17/2/1994. D. 995. somn p. 995 obs. J.Penneau .

(٣) د. محسن البيه – ص٢٣٣ ، د. أحمد محمود سعد – مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – ص٤٢٢ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٣، ١١٤ ، وهامش رقم (٢٠٧) .

نخلص من ذلك ، إلى أن الأهمية الأساسية للقول بأن إلتزام الطبيب ، فى الحالات المتقدمة بإلتزام بتحقيق نتيجة ، تظهر بلا شك، فى مجال إثبات الخطأ المدعى به تجاه الطبيب .

فقد رأينا ، فيما تقدم ، أن إعتبار إلتزام الطبيب ، إلتزاماً ببذل عناية ، من شأنه أن يلقى على عاتق المريض المضرور عبء إثبات الخطأ الذى يدعيه تجاه الطبيب ، أى عبء إثبات تقصيره فى بذل العناية المطلوبة منه .

أما فى حالة ما إذا كان الإلتزام المدعى به خرقه ، إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، فإن الإثبات ، من حيث مضمونه ، وعبئه ، يختلف إختلافاً جوهرياً .

فمن حيث مضمون الإثبات ، يمكننا ملاحظة أن الأمر لا يزال يتعلق هنا ، بالمسئولية القائمة على أساس الخطأ ، غير أن هذا الخطأ يفترض حدوثه ، لمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوه لذلك ، إذا لم يكن المدعى ، مطالبًا بإثبات خطأ الطبيب ، فإنه يبقى مطالباً بإثبات وجود إلتزام الطبيب ، ومضمونه ، وعدم تحقق النتيجة المأمولة [1] ، أى أن ضرراً قد أصابه [2] .

ولا شك ، أن مثل هذا الإثبات ، لا يشكل صعوبة تذكر ، مقارنة بما إذا كان مطلوباً من المريض إثبات الخطأ .

وعلى ذلك ، فإن القول بالإلتزام بتحقيق نتيجة ، يستتبع بالضرورة ، تخفيفًا لعبء الثبات الواقع أصلاً ، على عاتق المريض المضرور . وبقيام الأخير بإثبات الأمور المذكورة ، يفترض خطأ

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٤ ، وهامش رقم (٢٠٧) G.Viney et P.Jourdain. les conditions de la responsabilité. Op. Cit. p. 449 .

(٢) د. أحمد شرف الدين – ص٦٥ ، د. محسن البيه – ص٢٣٩ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٤ ، وهامش رقم (٢٠٨) .

الطبيب ، فالإلتزام بتحقيق نتيجة ، يؤدى ، فى ذات الوقت ، إلى نقل محل الإثبات ، فلم يعد مطلوباً من المدعى إثبات الخطأ المدعى به، وإنما وقائع أخرى ، أسهل من حيث إثباتها ، ويؤدى إثباتها ، إلى إفتراض خطأ الطبيب .

والملاحظ فى هذا الصدد ، أن إفتراض الخطأ فى هذه الحالة ، يختلف عن إفتراضه وفق الخطأ المحتمل أو المضمر ، السابق الحديث عنها ، فإن إفتراض الخطأ ، فى هذه الحالة الأخيرة ، هو إفتراض قابل لإثبات العكس ، حيث يمكن للطبيب نفى الخطأ عن نفسه ، بإثبات قيامه بقدر العناية المطلوبة منه . أما فى حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة ، فإفتراض الخطأ ، أو قرينة الخطأ ، إنما هو إفتراض غير قابل لإثبات العكس ، فعدم تحقق النتيجة المرجوه ، يؤدى إلى قيام مسئولية الطبيب. ولا يكفيه للتخلص من هذه المسئولية ، أن يثبت أنه بذل قدر العناية المطلوبة منه [1] ، وإنما عليه ، إذا ما أراد درء المسئولية، أن يثبت أن الضرر الذى أصاب المريض ، إنما يرجع إلى سبب أجنبى ، كقوة قاهرة ، أو خطأ المريض نفسه ، أو خطأ من الغير ، الذين لا يسأل عنهم الطبيب [2] .

هذا ، وإذا كان من المعروف أن القرينة التى من هذا النوع ، أى القرينة القاطعة ، أو غير القابلة لإثبات العكس ، لا يملك تقريرها إلا المشرع ، فيصبح من الجائز لنا القول ، بأن وصف إلتزام الطبيب ، بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة ، إنما يعنى القول ، بأنه فى مثل هذه الحالات ، يتعلق الأمر بقرينة « شبه قانونية » ، وإن لم يقررها

---

(١) عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٥ ، وهامش رقم (٢٠٩) Viney et Jourdain . Ibid

(٢) د. أحمد شرف الدين – ص٦٦ ، ود. محسن البيه – السابق – نفس الموضع عن د. حسن قاسم – السابق – ص١١٥ ، وهامش رقم (٢١٠) Viney et Jourdain Op. Cit. p. 449 .

المشرع ، إلا أنها تتضمن ذات الأثر الذى يضفيه المشرع ، على نوع القرائن التى يملك وحده تقريرها ، أى القرائن القانونية القاطعة .

ومن هنا ، تبدو أهمية حصر نطاق إلتزام الطبيب ببذل عناية ، فى المفهوم الضيق لفكرة العلاج ، والتوسع المقابل فى إلتزاماته التى تتضمن تحقيق نتيجة محددة ، فمثل هذا التوسع ، يؤدى إلى تخفيف لعبء الإثبات الملقى على عاتق المريض المضرور ، يقترب عمليًا من إعفائه منه .

ومن ناحية أخرى ، ومن حيث تضمن وصف إلتزام الطبيب بأنه بنتيجة محددة ، لقرينة شبه قانونية ، وقاطعة ، فإن هذا التوجه ، يقترب من حيث نتائجه العملية أيضًا ، من إستخلاص مسئولية الطبيب ، من مجرد حدوث ضرر للمريض .

٤٠٦ - (ب) الإثبات فى حالة مسئولية الجراح التعاقدية عن فعل أعضاء الفريق الطبى :

لا شك فى أن وجود عقد طبى بين الجراح وبين المريض – كما أضفى ذلك القضاء الفرنسى على العلاقة بينهما ، إعتباراً من تاريخ الحكم الصادر فى عام ١٩٣٦ – يكون له تأثير على المسئولية عن فعل الغير ، إذ يكون الجراح مسئولاً عن فعل طبيب التخدير ، الذى حل محله . وبعبارة أخرى ، فإن الطبيب يسأل عن عدم تنفيذ إلتزامه العقدى فى مواجهة من تعاقد معه ، ولو كان عدم التنفيذ من فعل الغير الذى أدخله الطبيب نفسه ، فى تنفيذ العقد .

إن الأمر الجوهرى هنا ، هو أن هذا الغير ، لا يلزم فيه أن يكون تابعاً للطبيب المتعاقد مع المريض . ولهذا يرى الفقيه « ساڤاتييه [1]» ،

---

(١) ساڤاتييه – المسئولية المدنية – بند ٧٩٦ – ص٤٠٢ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٣ – ص٨٥ ، وهامش رقم (٤) .

أنه فى مجال العقود ، يمتد نطاق التابع إلى أوسع مما تقضى به المادة ٥/١٣٨٤ مدنى فرنسى ، المتعلقة بمسئولية المتبوع التقصيرية عن التابع . فالمتعاقد مع المريض يسأل عقدياً عن فعل تابعيه ، وهذه حالة المستوصف فيما يتعلق بأفعال الأطباء الذين يمارسون عملهم لديه . بل إنه يسأل عن أخطائهم الفنية ، إذ أن ذلك هو مقتضى إحترام روح العقد الطبى المبرم بين المستوصف والمريض (١) . بيد أن مفهوم «الغير» يقتصر هنا على طائفتين فقط ، وهما : المساعدون " les aides " ، ومن يحلهم المتعاقد الأصلى محله ، فى تنفيذ إلتزامه العقدى " les substitus " .

ويمكن تبرير الحل السابق ، فى أن الطبيب الجراح ، أو المعالج الذى تعاقد مع المريض ، تكون له الحرية فى إختيار وسائل تنفيذ إلتزامه العقدى ، فكما يستطيع أن يلجأ إلى تابع حقيقى ، لضمان هذا التنفيذ ، فإنه يستطيع كذلك أن يطلب مساعدة أشخاص آخرين غير تابعين له ، أى لا يرتبطون به برابطة تبعية (٢) .

ومن شأن تمييز المسئولية عن فعل الغير فى المجال الطبى بهذا الحكم أن تيسر حماية المضرور ، لأن الجراح سوف يكون مسئولاً عن كل أعضاء الفريق الطبى ، دون حاجة للبحث فى طبيعة الروابط بينه وبين العضو محدث الضرر .

---

(١) عن د.محسن البيه – السابق – بند ٥٣ – ص٨٦ ، وهامش رقم (١) .Req. 4 juin 1938. G.P. 1938, 1, 475 .

(٢) ويرى فيلار – أن القانون الفرنسى ، إن كان – على عكس القانون الألمانى – لم يتضمن تنظيماً عاماً للمسئولية العقدية ، عن فعل الغير ، فقد أخذ ببعض تطبيقاتها ، مثل ما ورد بالمادة ١٩٥٣ مدنى التى تعالج مسئولية أصحاب الفنادق ، عن فعل النزلاء ، وهم غير تابعين لصاحب الفندق . فى نفس المعنى ، «ما زو وتانك» – المسئولية المدنية – بند ٩٩ – ص١٤٦ . عن د. محسن البيه – بند ٥٣ – ص٨٦ ، وهامش رقم (٢) .

ولذلك ، تصبح مهمة المضرور سهلة يسيرة ، إذ أنه لن يلتزم حينئذ بإثبات وجود رابطة التبعية ،خاصة متى علمنا أن هذا الإثبات يكون أحياناً صعبًا على المضرور ، أمام إنكار جانب من الفقه ، أن يكون طبيب التخدير تابعاً لزميله الجراح .

ولقد إنقسمت أحكام القضاء أيضًا حول هذه النقطة ، ذلك أن تطبيق فكرة المسئولية العقدية عن فعل الغير يثير صعوبة فى ذلك النطاق الذى يضمن فيه الجراح للمريض الإستفادة « من عناية يقظة مدركة ومطابقة للمعطيات المكتسبة من العلم » . وهذه هى الصيغة التقليدية التى تتمسك بها المحاكم ، فهل يعنى هذا الضمان أنه ليس من الضرورى أن يثبت المضرور خطأ طبيب التخدير ؟ إن تأييد ذلك من شأنه أيضاً أن يحسن من مركز المضرور ، إذا ما قورن بمركزه عندما يتمسك بمسئولية المتبوع عن التابع . فهنا لن يعفى المريض فقط من إثبات رابطة التبعية ، ولكنه لن يكلف أيضًا بإثبات خطأ عضو الفريق الطبى الذى أتى الفعل ، الذى سبب الضرر .

بيد أن التفسير الدقيق لحكم محكمة النقض الفرنسية ، الصادر سنة ١٩٦٠ ، لا يؤيد هذا القول ، حيث قضت بأن الجراح « يسأل ... عن الأخطاء التى يرتكبها طبيب التخدير » [١] . وهذا يعنى وجوب أن يكون هناك خطأ تم إثباته فى جانب طبيب التخدير ، الذى يعمل لحساب الجراح . ولذلك ، نجد أن الأساتذة «مازو وتانك» [٢] ،

---

(١) عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٤ – ص٨٧ ، وهامش رقم (١) Civ., 18 oct., 1960, J.C.P. 1960, 11, 11846, note R.SAVATIER, " de chirurgien " répond " ... des fautes que peut commettre " l'anesthésiste .

(٢) مازو وتانك – المسئولية المدنية – جـ١ – الطبعة السادسة ١٦٥ – بند ١٠٠٢ – ص١٠٥٧ ، كما لا يسأل المتبوع إلا عن الفعل الخاطئ للتابع ، فإن المتعاقد لا يسأل إلا إذا كان فعل الغير ، الذى ادخله فى تنفيذ العقد ، خاطئًا . ويضيف هؤلاء تأيداً لرأيهم .

يستلزمون أن يرتكب الشخص الذى تدخل فى تنفيذ العقد ، خطأ ، فيسأل المتعاقد عن خطئه فى مواجهة المضرور ، مسئولية عقدية .

ومما تجدر ملاحظته ، أن المضرور لن يكلف إلا بإثبات أن الطبيب الجراح ، أو المعالج ، لم يقدم العناية اليقظة المطلوبة منه ، متى كان ملتزماً ببذل عناية ، ولن يطلب من المضرور أن يثبت خطأ هذا العضو أو ذاك من أعضاء الفريق الطبى ، وذلك متى أراد التمسك بمسئولية الطبيب الجراح ، أو المعالج ، عن فعل هذا العضو ، إذ يمكن أن يكون الإلتزام العقدى للطبيب إلتزام ببذل عناية .

وبالرغم مما سبق ، يستطيع المضرور أن يتمسك مباشرة بمسئولية طبيب التخدير ، على أساس ما ينسب إليه من خطأ ، بل قد يحدث فى بعض الحالات ، أن يكون طبيب التخدير مسئولاً ، بإعتباره حارسًا لجهاز التخدير ، وبالتالى ، يمكن أن يقوم نوع من الإزدواج للمسئولية فى داخل الفريق الطبى ، وغالبًا ما يكون ذلك بالنسبة للجراح ، وطبيب التخدير ، داخل الفريق الطبى ، الذى يتولى إجراء عملية جراحية .

إلا أن مسئولية طبيب التخدير والإنعاش ، إذا لجأ إليها المضرور فى هذا الغرض فسوف تكون مسئولية تقصيرية . أما الجراح الذى أبرم عقد العلاج ، مع هذا المريض ، فسوف تكون مسئوليته عقدية ، سواء كان ذلك عن فعله الشخصى ، أو عن فعل الغير . وبالتالى يمكن أن يستفيد المضرور ، فى هذه الحالة ، من مسئولية تضامنية ، بين الجراح وطبيب التخدير (١) . ومع ذلك ، فقد أثار البعض ، بدلاً

= " si l'obligation a été exécutée par l'aide ou le substuit, on ne veut pas de quoi le débiteur serait rerait responsabilité."

عن د. محسن البيه – السابق – بند ٥٤ – ص٨٧ ، وهامش رقم (٢) .

(١) انظر فى هذا الموضوع بحثًا للدكتور – محسن البيه ، بعنوان : التضامن –

من هذه المسئولية التضامنية ، إمكانية التمسك بمسئولية الفريق الطبى ، عن طرق نسبة الخطأ إلى هذا الفريق ، خاصة عندما يتعذر تحديد من إرتكب الخطأ من بين أعضائه .

٤٠٧ - (جـ) تشدد القضاء الحديث بشأن مسئولية الطبيب أو الجراح وأخذه فى بعض الحالات بفكرة الخطأ المقدر أو المضمر :

ظل القضاء الفرنسى وقتاً طويلاً فى الحكم على الأطباء بالتعويض ، أميناً على تطبيق المبادئ العامة فى المسئولية المدنية ، مستلزماً توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذى لحق بالمريض ، ويرفض دعوى التعويض ، إذا عجز هذا الأخير عن إقامة الدليل على أن الضرر الذى لحقه كنتيجة مباشرة للخطأ الذى إرتكبه الطبيب سواءاً كانت المسئولية الطبية ذات طبيعة عقدية ، أو تقصيرية.

فقد حكم بمسئولية الطبيب عن حقنه الخاطئ المريض بأمبول Thiedacaine الـ Ampaule ، وأمبول vitamine (B) ، مما نجم عنه وفاة المريض ، كنتيجة مباشرة لهذا الحقن الخاطئ (١) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية طبيب أهمل فى إجراء فحص بالأشعة ، بينما كانت آلام المريض تتطلب ذلك ، ومن ثم يكون قد ألحق ضرراً كبيراً بالمريض ، سببه هذا الإهمال (٢) .

غير أن القضاء الفرنسى ، فى عديد من أحكامه الحديثة أظهر

- والتضامم فى قضاء محكمة الإستئناف العليا الكويتية - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة ١٣ - العدد ٣ سبتمبر ١٩٨٩ ، والعدد ٤ ديسمبر ١٩٨٩ ، مشار إليه فى المرجع السابق للدكتور محسن البيه - هامش رقم (١) - ص٨٨ .

(١) نقض مدنى فرنسى فى ٢٦ يناير ١٩٦٦ - الأسبوعى القضائى ١٩٦٦ - ٣٥ عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٨ ، وهامش رقم (١) .

(٢) نقض مدنى فرنسى فى ١١ ديسمبر ١٩٦٥ ، ٧ مارس ١٩٦٦ - دالوز ١٩٦٦ - ٤٥٣ عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٨٨ ، وهامش رقم (٢) .

تشدداً بشأن مسئولية الطبيب ، فى أخذه بفكرة الخطأ المضمر أو المقدر ، أى إستنتاج التقصير أو الخطأ من مجرد وقوع الخطأ ، على خلاف القواعد العامة التى توجب على المدعى فى دعوى المسئولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعى عليه .

فقد قرر مسئولية الطبيب العقدية ، ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذى نسب إليه ، والضرر الذى لحق بالمريض ، وإن كان لا يحكم عليه إلا بتعويض جزئى على تقدير أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الحياة ، أو على العموم فرصة تجنب الضرر الذى لحقه[1] .

وقد حكم بمسئولية الجراح ، « ولو كان من غير المؤكد أن عدم تقصيره كان يؤدى إلى تجنب وفاة المريض فى أثناء الجراحة ، فإنه على النقيض ، من المؤكد أن هذا التقصير قد هدد فرصة الحياة لهذا الأخير ، ويجب عليه تعويض أمه عن تفويت هذه الفرصة ، بما أحدثه بإهماله» . [2]

كذلك قضى بأنه « رغم عدم إثبات علاقة السببية بين الخطأ والوفاة تقوم – لتفويت فرصته شفاء الوالدة – مسئولية الطبيب ، الذى بإهماله الملاحظة والعناية ترك الأنيميا والعطب يزدادان لدى المريضة [3] .

وذهبت محكمة إستئناف «أورليان» إلى أن « الطبيب الذى يمتنع

---

(١) نقض فرنسى فى ١٤ ديسمبر ١٩٦٥ – مجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٦ – ٢ – ١٤٧٥٣ وتعليق « ساڤاتييه» . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٨٩ ، وهامش رقم(٢).

(٢) محكمة إستئناف باريس فى ٢٣ ابريل ١٩٦٨ – مجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٨ – ٢ – ١٥٦٢٥ عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٠ ، وهامش رقم (١) .

(٣) عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٠ ، وهامش رقم (٢) .

عن وصف العلاج التقليدى للمريض ، رغم تعليمات معهد للسرطان، افقد هذا المريض الذى اجريت له ، بعد عدة شهور جراحة أصبحت حتمية بعض الفرص فى الشفاء ، أو فى التحسن ، وعليه تعويض الضرر الناجم عنه ، إذ أن هذه الفرص ولو كانت ضئيلة ، ليست مع ذلك إفتراضية ، بل محققة (١) .

وقد قضى بأن « قضاة الموضوع الذين تثبت لهم أن الجراح إعترض لعدة أيام ، دون مبرر ، عن فحص المريض بالأشعة ، وعن التدخل ، مما ساعد على تقدم المرض ، يستطيعون ، دون الخروج على حدود النزاع أو التناقض ، أن يقرروا أن هذا التأخير أضاع على المريض فرصة تجنب المرض الذى يشكو منه (٢) .

إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت أنه « إذا كان التعويض يتقرر عن ضياع فرصة الحياة ، أو الشفاء ، يتعين أن يكون جزئياً ،.. ولا يجوز أن يكون كاملاً يساوى كل الأضرار التى نجمت عن الخطأ ، وفاة ، أو عاهة ، أو ضرراً آخر» (٣) .

كما ظهر تشدد القضاء الفرنسى كذلك ، فى بعض العمليات العادية ، والتى بالنظر إلى وقوعها على محل محدد تحديداً دقيقاً ، فإنها لا تحتمل اى صعوبة بالنسبة للطبيب العادى ، ولا تتضمن عنصر الإحتمال اللصيق بغيرها من الأعمال الطبية ، وذلك كعمليات الختان التى لم يعد يسودها الطابع التجريبى ، فهى لا تتضمن اى إحتمال ، لأنها محددة تحديداً دقيقاً ، وأصبحت من

---

(١) محكمة إستئناف «أورليان» ، فى ٢٧ فبراير ١٩٦٩ - مجلة الأسبوع القانونى ١٩٦٩ - ٤ - ٢٤٢ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٩٠ ، وهامش رقم (٢) .

(٢) نقض مدنى فرنسى فى ١٧ نوفمبر ١٩٧٠ - داولز ١٩٧١ - مختصر ص٤٦ عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٩١ ، وهامش رقم (١) .

(٣) نقض مدنى فرنسى فى ٢٧ مارس ١٩٧٣ - مجلة الأسبوع القانونى ١٩٧٤ - ٢ - ١٧٦٤٣ عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٩١ ، وهامش رقم (٢) .

العمليات التى بلغت فرص نجاحها حداً تتلاشى بجواره إحتمالات فشلها [١] .

ويؤيد جانب من الفقه الفرنسى هذا الإتجاه فى القضاء ، مستندين فى ذلك إلى بعض الإعتبارات العملية فى هذا الصدد . من ذلك عدم وجود توازن إقتصادى بين المريض والطبيب ، فالمريض يتعرض فى العمليات الجراحية ، على وجه الخصوص ، لأخطار بالغة. ولا يقف على قدم المساواة مع الطبيب ، بل يكون عادة تحت رحمته لأنه يقع نفسيًا فى تبعيته ، إلى حد دفع الفقه إلى التنويه «بأمبريالية الأطباء» [٢] .

كما تعترضه صعوبات بالغة فى إثبات خطأ الطبيب الجراح ، فالعملية الجراحية تجرى سراً ، ولا يشاهدها سوى الطبيب ومساعديه . ويكون المريض عادة فاقد الوعى ، نتيجة التخدير ، وتربطه بالحاضرين فى العملية روابط زمالة ، أو علاقة تبعية ، وتعجز الخبرة ، أحياناً ، عن كشف الحقيقة ، وقد تثير الشك فى نفس القاضى لدقتها البالغة ، فضلاً عن قيام الشكوك دائماً حول حيدة الخبراء ، لعلاقات الزمالة مع المدعى عليهم [٣] .

أيضاً ، فإنه تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات يتجه فيها القضاء المصرى إلى التشديد فى مسئولية الأطباء ، وذلك كالعمليات الجراحية التى لا يستلزمها ضرورة علاجية عند المريض ، كعمليات التجميل[٤].

---

(١) أحمد شرف الدين – ص٢٤٠ . عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٨٤، وهامش رقم (١) .

(٢) ساڤاتييه – امبرياليه الأطباء فى نطاق القانون – دالوز فقه ١٩٥٢ – ص١٥٧ وما بعدها عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٢ وهامش رقم (٣) .

(٣) مازو وتانك – المسئولية جـ٦ – فقرة ٥١٠ . عن د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٢، ٩٣ ، وهامش رقم (١) .

(٤) د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص١٨٣ .

فقد قضت محكمة النقض المصرية ، فى هذا الصدد ، بأن جراح التجميل ، وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها ، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى ، إعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه ، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر ، ولئن كان مقتضى إعتبار إلتزام الطبيب إلتزاماً ببذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه جراح التجميل فى موضع الجرح ، والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه ، لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل ، وفقًا للأصول الطبية المستمرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه ، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ، ويتعين عليه لكى يدرأ المسئولية عن نفسه ، أن يثبت قيام حالة الضرورة التى إقتضت إجراء الترقيع ، والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها ، أن المطعون ضده أخطأ خطأ جسيماً ، لوضعه رقعة جلدية بذراعها الأيمن ، نتج عنه تشويه ظاهر بهذا الذراع، ودللت على هذا الخطأ بأن عملية التجميل التى إتفقت مع المطعون ضده على أن يجريها لها ، لم تكن تستلزم عمل هذه الرقعة، ولم ينازع المطعون ضده ، والخبيران اللذان أخذ الحكم المطعون فيه بتقريريهما فى أن عملية التجميل المتفق عليها لم تكن تستلزم ، بحسب سيرها الطبيعى عمل الرقعة الجلدية ، وإنما برر المطعون ضده إجراء الترقيع، بأنه فوجئ ، بعد شق جلد الذراع الأيمن ، بوجود ورم إشتبه فى أن يكون خبيثًا ، فإضطر لتوسيع الجرح ، ليتمكن من إستئصال هذا الورم ، وكان لابد بعد ذلك من عمل الرقعة ، لتغطية الجزء الذى نزع منه الجلد ، وكانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى إدعى المطعون

ضده أنه إستأصله ، وطالبته بتقديم الدليل على وجوده ، وقد رد الحكم المطعون فيه على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص ، بقوله « إن هذا الذى تقوله المستأنفة (الطاعنة) لا يفيدها بشئ ، فقد إتفق خبيرا الدعوى ... على أنه إذا إشتبه الطبيب الجراح فى نوع الورم ، فيجب عليه إستئصاله إستئصالاً كاملاً ، على أوسع نطاق ، سواء ظهر بعد ذلك أن الأورام كانت خبيثة أو حميدة وعلى هذا الأساس ، فإنه يكفى أن يشتبه المستأنف عليه فى نوع الورم بذراعى المستأنفة ، حتى يكون من واجبه أن يستأصل هذا الورم ، وما حوله من أنسجة سليمة ، وهذا ما فعله المستأنف عليه ، وأقره عليه خبير الدعوى ... وحيث أنه إستبان مما تقدم ، ومن تقريرى خبيرى الدعوى أن المستأنف عليه لم يرتكب خطأ فى عملية التجميل التى أجراها للمستأنفة ، وأنه راعى فى إجرائها القواعد الفنية الصحيحة ، وأصول المهنة ، فإن ما حدث بذراعى المستأنفة من آثار الإلتئام ، كان بسبب طبيعة الجلد ، مما إستدعى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح . وهذا لا يمكن للطبيب معرفته، قبل إجراء العملية » . وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه ، وأقام عليه قضاءه بنفى الخطأ عن المطعون ضده ، بالنسبة لعمل الرقعة بالذراع الأيمن للطاعنة ينطوى على قصور فى التسبيب ، وخطأ فى الإسناد ، ومخالفة للثابت فى الأوراق ، ذلك بأنه وقد قام دفاع الطاعنة على أنه لم يكن بذراعها الأيمن أى ورم ، وطالبت المطعون ضده بتقديم الدليل على ما أدعاه من وجود هذا الورم ، فإن ما قاله الحكم من أنه يكفى أن يشتبه المطعون ضده فى نوع الورم فى ذراع الطاعنة ، حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من أنسجة ، لا يواجه دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بما يقتضيه ، لأنه يجب لإستقامة قول الحكم أن يثبت أولاً وجود الورم ، من أى نوع ، حتى يصح أن يقوم الإشتباه فى أمره ، وإذ خلا الحكم من إيراد الدليل على ذلك ، وكان ما أسنده إلى تقريرى الخبيرين الدكتور ... من أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى إستدعت عمل الرقعة الجلدية ، لا أصل

له فى هذين التقريرين ، ولا فى أوراق الدعوى الأخرى ، ذلك أنه لا أحد من الخبيرين ، ولا المطعون ضده نفسه ذكر أن طبيعة جلد الطاعنة كان لها دخل فى عمل الرقعة ، وإنما إستند المطعون ضده ، والدكتور ... إلى هذا الأمر فى تبرير حصول البروز والإتساع فى أثر الإلتئام بالذراعين ، لا فى تبرير عمل الرقعة . أما هذه الرقعة فقد ذكر المطعون ضده والخبيران فى تبريرها أن إستئصال الورم إستلزم توسيع الجرح بالذراع الأيمن ، وأن إتساع الجرح هو الذى إقتضى عمل الترقيع ، لتغطية الجزء الكبير الذى نزع منه الجلد حتى يلتئم الجرح . ولما كان ذلك ، وكان تقريرا الخبيرين اللذين إعتمد عليهما الحكم المطعون فيه فى نفى الخطأ عن المطعون ضده لا ينتفى بهما خطؤه عن عمل الرقعة الجلدية بالذراع الأيمن للطاعنة ، إلا إذا أثبت وجود الورم الذى إدعى وجوده ، وكان الدكتور ... وإن ضمن تقريره أنه لا يمكن الجزم بصحة ، أو عدم صحة إدعاء المطعون ضده بوجود الورم ، وأنه لو كان المطعون ضده قد قدم التقرير الخاص بنتيجة تحليل الورم ، لكان فى ذلك الدليل القاطع على صحة قوله ، لكنه لم يقدم هذا التقرير ، إلا أن الدكتور ... مع ذلك ، قد نفى عن المطعون ضده الخطأ ، بالنسبة لعمل الرقعة الجلدية ، على أساس مجرد إفتراض بأنه قد إتبع فى إجراء العملية ما تقضى به الأصول الفنية من قياس للجرح بعد تشريح الشحم من الأنسجة ، وقبل أن يقطع الشحم والجلد لإزالته ، وهذا الإفتراض لا يصلح أساسًا لنفى المسئولية مادامت الطاعنة تنكر على المطعون ضده إتباعه تلك الأصول الفنية ، وطالما أن الحكم المطعون فيه لم يقم الدليل على صحة هذا الإفتراض ، أو على عدم وجود الورم الذى بدونه لا يكون إجراء الترقيع مبرراً من الوجهة الطبية ، حسبما جاء بتقريرى الخبيرين اللذين أخذ بهما الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك ، وكان خطأ محكمة الإستئناف فى فهم السبب الحقيقى لعمل الرقعة الجلدية ، حسبما ورد بأقوال المطعون ضده ، وفى تقريرى الخبيرين المعينين فى

الدعوى ، قد حجب المحكمة عن التحقق من قيام حالة الضرورة التى يستند إليها المطعون ضده ، والخبيران ، فى تبرير عمل الرقعة الجلدية ، فإن الحكم المطعون فيه ، يكون مشوباً بالقصور ، بما يستوجب نقضه ، دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن (١) .

٤٠٨ - إعتراض البعض على تبنى القضاء لفكرة الخطأ المقدر أو المضمر:

لاحظ البعض من الفقه (٢) ، أن إتجاه القضاء إلى تبنى فكرة الخطأ المقدر ، أو المضمر ، وإعتداده بوقوع الضرر ، رغم عدم ثبوت خطأ الطبيب ، هو فى حقيقته إتجاه خاطئ . وذلك من عدة نواح ، منها:

٤٠٩ - (١) عدم إتفاق فكرة الخطأ المقدر مع القواعد القانونية السليمة:

ذلك أن تطبيق القواعد القانونية السليمة ، يؤدى إلى إعتبار علاقة السببية، بين الخطأ والضرر ركناً أساسياً فى المسئولية المدنية ، ويجب على المدعى إقامة الدليل على توافره ، ولا يمكن – من ثم – الحكم بالتعويض عن ضرر ، إلا إذا ثبت أنه كان نتيجة خطأ .

٤١٠ - (٢) أن القضاء هنا يقدر التعويض لا حسب إحتمال تحقق الفرصة بل بنسبة إحتمال تدخل الخطأ فى إحداث الضرر:

فإذا رفض المصاب فى حادثة ، لأسباب دينية ، نقل الدم إليه ، أراده الطبيب لإنقاذ حياته ، وتوفى بعد عدة أيام ، لأن نجاته من الموت،

---

(١) نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ – السنة ٢٠ – العدد الثانى – ص١٠٧٥ .

(٢) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٢ وما بعدها .

بنقل دم إليه ، إذا كانت غير مؤكدة ، فإن خطأه ، برفضه له ، قد حرمه مع ذلك من فرصة الحياة ، ويتعين إنقاص التعويض ، بنسبة حرمانه منها خطئه ، ويكون الحكم الذى يرفض توزيع المسئولية . تطبيقًا لقواعد الخطأ المشترك ، تأسيسًا على أن علاقة السببية ، بين رفض الضحية ، ووفاته ، ليست مؤكدة ، لم يقدم أساسًا قانونيًا لما قضى به، لأنه « لم يبحث فيما إذا كان خطأ الضحية ، بعدم قبوله نقل الدم إليه ، قد حرمه من فرصة الحياة . وساهم تبعًا لهذا ، فى إحداث الضرر » (١) .

وقد كان هذا الحكم ، ضمن أحكام تفويت الفرصة ، والتى فجرت الإعتراضات المذكورة ، حيث ينوه هذا الفقه إلى أنه ، وإن كان التعويض عن تفويت الفرصة ، قد أصبح مسلمًا به فى الفقه والقضاء، فليس فى تلك الأحكام تعويض عن تفويت فرصة ، رغم تأكيد هذا فى أسبابها ، ذلك أن التعويض عن إضاعة فرصة ، يتصل بركن الضرر . يؤدى الخطأ إلى تبديد إحتمال تحقق كسب ، أو تجنب خسارة ، بحيث لا يمكن إلى الأبد معرفة ما إذا كان الضرر سيتحقق، أم لن يتحقق ، لأن المسئول قد عاق سير الوقائع مصدر الكسب ، أو مانعة الخسارة » (٢) .

ويكون محل التعويض ، فى حقيقته ، فرصة كانت تلوح فى المستقبل . ويتعين على القاضى لتقدير هذا التعويض ، أن ينظر إلى المستقبل ، ليحدد مدى توقع الفرصة فيه ، وفقاً للعوامل التى تسمح، فى كل حالة بتحديده ، والذى لا يمكن للقاضى أن يجريه إلا بالتوقع فى المستقبل ، لمدى إمكان تحققها .

---

(١) نقض جنائى ، ٣٠ اكتوبر ١٩٧٤ - مجلة الأسبوع القانونى ١٩٧٥ - ١٨٠٨٣ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٩١ ، ٩٢ .

(٢) مازو وتانك - المسئولية - جـ١ - فقرة ٢١٩ . عن د. وفاء حلمى - السابق - ص٩٣ ، وهامش رقم (٢) .

أما فى دعوى المسئولية على الطبيب ، فلا توجد فرصة مستقلة قضى عليها الفعل الضار ، بل حادثة ماضية ، أسبابها غير محققة ، لأن الضرر ، وفاة أو عاهة ، أو غيرهما ، قد تحقق فعلاً ، فلا يثور أمام القاضى ، سوى البحث فيما إذا كان هذا الضرر أو ذاك نتيجة خطأ الطبيب ، فيتحمل المسئولية عنه ، أو منقطع الصلة به ، فلا تقوم مسئوليته .

فهذا القضاء ، يخلط - بحق - بين التعويض عن الفرصة الضائعة ، أو التعويض عن إحتمال التسبب فى إحداث ضرر وقع فعلاً، ويقدر التعويض ، لا حسب درجة إحتمال تحقق الفرصة ، بل بنسبة إحتمال تدخل الخطأ ، فى إحداث الضرر .

ولكون علاقة السببية غير مؤكدة ، يحكم القاضى بتعويض جزئى ، يتناسب مع شكوكه ، حينما لا يقتنع بأن خطأ الطبيب ، كان سبب الضرر ، الذى لحق مريضه (١) .

٤١١ - (٣) أن هذا القضاء يترتب عليه حرمان الطبيب من حريته فى ممارسته لعمله :

ويضيف هذا الفقه ، إلى الإعتبارات القانونية السابقة ، إعتباراً عملياً ، يرى أنه على جانب كبير من الأهمية ،حيث أن ما ذهب إليه القضاء الفرنسى ، من تطبيق فكرة الخطأ المقدر ، أو المضمر ، فى نطاق مسئولية الطبيب ، وإستنتاج الخطأ ، أو التقصير ، من وقوع الضرر للمريض ، حتى ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، يترتب عليه ، فى الواقع ، حرمان الطبيب من أدنى درجات الحرية فى ممارسته لعمله ، فيكون فى خوف ، وقلق ، لأقل هفوة ،

---

(١) سافاتييه : هل يمكن لخطأ أن يقيم المسئولية عن ضرر لم يحدثه؟ دالوز فقه ١٩٧٠ - ص١٢٣، وما بعدها . عن د. وفاء حلمى السابق - ص٩٣ ، ٩٤ ، وهامش رقم (١) .

ولا سيما أن طبيعة العمل الطبى ، تسيطر عليها فكرة الإحتمال ، ويؤدى ذلك فى النهاية إلى إحجام الأطباء عن ممارسة هذه المهنة الإنسانية ، والإجتهاد فيها ، وهذا بطبيعة الحال غير مطلوب ، بل المطلوب هو العكس تمامًا ، أى ضرورة إقتحام هذا المجال الإنسانى ، والإجتهاد فيه ، والأخذ بأسباب العلم الحديث . وهذا لا يتأتى إلا بالإعتراف للأطباء بحد معقول من الحرية فى ممارسة العمل الطبى، دون خوف من شبح المسئولية .

ثم نجد تساؤلاً يطرح نفسه : كيف يمكن التوفيق بين الحماية التى يجب أن تتوفر للمرضى ، مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء ، قد تكون لها آثار سيئة ، وبين توفير الحرية اللازمة للأطباء ، لممارسة العمل الطبى ، دون خوف من سيف المسئولية .

نجيب بأننا نرى ، أن الوسيلة المثلى لإقامة التوازن بين الحماية التى يتطلبها المريض ، والحماية التى يتطلبها الطبيب ، هو التطبيق السليم للقواعد العامة للمسئولية المدنية ، مع مراعاة الطبيعة الفنية التى يتميز بها العمل الطبى ، فطالما أن الطبيب لم يخرج فى ممارسته لعمله عن قواعد وأصول الفن الطبى المتعارف عليها ، فلا تنعقد مسئوليته .

أما إذا خرج عن تلك القواعد والأصول ، فإنه يكون قد إرتكب الخطأ ، الذى هو شرط لإنعقاد مسئوليته ، إذا نجم عن ذلك ضرر للمريض ، وثبتت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أى أن التطبيق السليم للقواعد العامة فى هذا المجال ، مع مراعاة طبيعته الفنية سيكون سياج أمان ، لكل من المريض والطبيب ، ويحقق التوازن بينهما (١) .

---

(١) راجع د. وفاء حلمى – السابق – ص٩٤ – ٩٦ .

٤١٢ - رابعا : إثبات خطأ الطبيب فى حالة المسئولية الشيئية :

يحدث كثيراً أن تكون أدوات الأطباء والجراحين هى السبب فيما يصيب المرضى أو الغير من أضرار ، وحينئذ يكون الضرر – المطلوب التعويض عنه – قد نشأ عن شئ غير حى يستخدمه الطبيب فى التشخيص، أو العلاج ، أو العمل الطبى بوجه عام ، مثل أجهزة الأشعة والنظائر المشعة ، وآلات فحص ، وعلاج الأسنان ، وأجهزة التخدير وأدوات الجراحة (١) .

فإذا كان الشئ محدث الضرر ، مما يحتاج فى حراسته إلى عناية خاصة ، فقد يتبادر إلى الذهن مباشرة أن الطبيب يسأل عن تعويض هذا الضرر ، دون حاجة إلى إثبات خطأ فى جانبه . وبعبارة أخرى ، إذا كان الطبيب حارساً لأشياء خطرة ، ثم وقع للمريض ضرر بسببها ، وبفعل إيجابى ، فسوف يكفى هذا المريض أن يثبت وقوع الضرر له ، وعندئذ يعفى من عبء إثبات خطأ الطبيب ، حيث يصبح هذا الخطأ مفترضاً (٢) ، ولا يعفى الطبيب من المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، كقوة قاهرة ، أو حادث فجائى ، أو خطأ المضرور ، أو خطأ الغير .

بيد أن إفتراض خطأ الطبيب فى الحراسة ، يقتضى توافر شرطين، الأول أن يكون الطبيب حارسًا للشئ ، أى أن يباشر سيطرة فعليه على الشئ لحسابه . ولذلك ، فإن الطبيب الذى يعمل فى مستشفى حكومى ، ويخضع لإشراف وتوجيه إدارة المستشفى ،

---

(١) سافاتييه – المسئولية المدنية – بند ٧٩٧ – ص٤٠٤ ، محمد لبيب شنب – نظرة فى مسئولية الأطباء عن الأشياء التى فى حراستهم – مجلة المحامى الكويتية – س٥ – الأعداد من ٧ – ٩ يناير ، فبراير ، مارس ١٩٨١ ص١٣٣ عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٤٠ – ص٢٤٨ ، وهامش رقم (١) .

(٢) بيتو – المسئولية الطبية – بند ٧٨ – ص٩٤ عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٤٠ – ص٢٤٨ .

لا يعتبر حارسًا للأشياء ، والآلات التى تخصصها المستشفى لعلاج المرضى ، بل تكون المستشفى هى الحارس ، وبالتالى ، تسأل ، بهذه الصفة ، عن الأضرار الناشئة عن هذه الأشياء ، دون حاجة إلى إثبات خطأ فى جانب أى شخص . والثانى أن تكون العلاقة بين الطبيب والمريض غير عقدية ، حيث أنه فى حالة وجود علاقة عقدية ، سوف تستبعد النصوص الخاصة بمسئولية حارس الأشياء غير الحية ، ولا يستفيد المريض من قرينة الخطأ الذى تعفيه من عبء الإثبات .

وتبرير ذلك ، يتمثل فى أنه متى كانت مسئولية الطبيب عقدية ، فلن توجد أهمية لتحديد المصدر المادى للضرر ، لأن أحكام المسئولية العقدية لا تختلف تبعًا لما إذا كان الضرر ناشئًا عن الفعل الشخصى للطبيب ، أو عن فعل شخص تابع للطبيب ، أو عن تدخل شئ إستخدمه الطبيب فى العمل الطبى [1] .

وبناء على ذلك ، فإنه متى قام عقد علاج بين الطبيب والمريض ، وإستخدم الطبيب شيئًا ، كآلة جراحية ، أو جهاز ميكانيكى ، أو كهربائى فى فحص أو علاج المريض ، فتسبب هذا الشئ فى إصابته بضرر ، فلا تنعقد مسئولية الطبيب ، إلا إذا أثبت هذا المريض خطأ فى جانب الطبيب . كأن يبرهن على أن الطبيب قد إستخدم جهازاً لا يصح إستخدامه فى مثل العلاج المطلوب للمريض ، أو أنه قد أهمل فى إستخدام هذا الجهاز ، أو أنه قد إستخدم جهازاً تالفاً .

ولهذا السبب ، ينتهى البعض إلى أن مسئولية الطبيب عن الأشياء التى يستخدمها فى العلاج تتحقق وفقًا لذات الأحكام التى تنظم مسئوليته عن فعله الشخصى ، فلا يسأل الطبيب فى الحالتين، إلا إذا إرتكب خطأ تمثل فى عدم بذل العناية التى تفرضها

---

(١) د. محسن البيه – السابق – بند ١٤٠ – ص٢٤٩ ، ٢٥٠ .

الأصول العلمية المستقرة على طبيب فى ذات مستواه المهنى ، وأن على المريض إثبات هذا الخطأ (١) .

وترتيبًا على ذلك ، يصبح فرص تطبيق نصوص الأشياء غير الحية نادراً فى المجال الطبى ، ويتحدد فى حالة الطبيب غير الحكومى الذى يقوم بعلاج مريض غير قادر على التعبير عن إرادته ، كالمصابين فى الحوادث ، متى كانوا فاقدين للإدراك ، ومن يكونون فى غيبوبة (٢) .

---

(١) محمد لبيب شنب – ص١٣٦ عن د. محسن البيه – السابق – بند ٤٠ – ص٢٥٠، وهامش رقم (٢) .

(٢) د. محسن البيه – السابق – بند ١٤٠ – ص٢٥٠ .

الفرع الثالث

وسائل إثبات الخطأ الطبى

٤١٣ - أولاً : جواز إثبات الخطأ الطبى بكافة طرق الإثبات :

لما كانت أركان المسئولية الطبية ، التى يجب إثباتها لتحقيق المسئولية، هى كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البينة ، والقرائن . ويثبت الخطأ أكثر ما يثبت بالتحقيق الجنائى ، وبالقرائن القضائية والقانونية [١] .

٤١٤ - ثانياً : إرتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى :

لعل من أهم القرائن القانونى ة، التى تسيطر على وسائل الإثبات، فى دعاوى المسئولية الطبية ، حجية الحكم الجنائى ، ذلك أن دعوى المسئولية ، يغلب أن تقوم على جريمة جنائية ، فتخضع لإختصاص القضاء الجنائى ، وإختصاص القضاء المدنى . فإذا صدر حكم نهائى فى الجريمة ، من محكمة جنائية، فإلى أى حد يصبح هذا الحكم حجة فى الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى ؟ تجيب المادة ٤٠٦ من التقنين المدنى على ذلك ، فتقول :

« لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم ، وكان فصله فيها ضرورياً » .

وتأصيل هذه القاعدة ، لا يرجع إلى أن الحكم الجنائى يربط القضاء المدنى ، بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée)، فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة فى الخصوم ، والموضوع ، والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا فى قضاء مدنى ، يقيد قضاء مدنياً ، أو فى قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً .

---

(١) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٦٣٠ – ص١٣٢٠ – ١٣٢١ .

أما القضاء الجنائى ، إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة فى الخصوم ، فالخصوم فى الدعوى الجنائية ، وفيهم النيابة العامة، غيرهم فى الدعوى المدنية ، ولا لوحدة فى الموضوع ، فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة ، وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا لوحدة فى السبب ، فسبب العقوبة خطأ جنائى ، وسبب التعويض خطأ مدنى ، فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس ، وقوة الشئ المقضى ، تقتضى الوحدة فى هؤلاء جميعاً ! .

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى ، إلى إعتبارين ، أحدهما قانونى ، والآخر عملى .

أما الإعتبار القانونى ، فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة ، فهو حجة بما فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائى .

وأما الإعتبار العملى ، فهو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظام العام ، أن يقول القاضى الجنائى شيئاً ، فينقضه القاضى المدنى .

فإذا صدر حكم جنائى بإدانة متهم ، أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد أمنت الناس على إثر الحكم الجنائى بأن المتهم مجرم ، أو برئ ، أن يأتى القاضى المدنى ، فيقول أن المتهم برئ ، فلا يحكم عليه بالتعويض ، فى الوقت الذى قال فيه القاضى الجنائى أنه مجرم، أو يقول أن المتهم مجرم ، فيحكم عليه بالتعويض ، بعد أن قال القاضى الجنائى أنه برئ [1] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى

(١) الوسيط للسنهورى – السابق – بند ٦٣١ – ص١٣٢١ – ١٣٢٤ .

التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التى صدر فيها ، وذلك منعاً من أن يجيئ الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى . فإنه ليس من المقبول فى النظام الإجتماعى ، أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص ، من أجل جريمة وقعت منه ، ثم تأتى المحكمة المدنية، فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية - لتعلقها بأرواح الناس ، وحرياتهم ، وأعراضهم - بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة ، مما مقتضاه ، أن يكون الحكم ، متى صدر بالإدانة ، محل ثقة الناس كافة، بصورة مطلقة ، لا يصح معها ، بأى حال ، إعادة النظر فى موضوعه(١) .

كما قضت بأن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية ، يجب أن تكون له حجية الشئ المحكوم فيه ، أمام المحاكم المدنية ، بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى ، بيانه فيه حسب القانون ، متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذى تناوله هذا الحكم . وليست العلة فى ذلك إتحاد الخصوم ، والموضوع ، والسبب فى الدعويين ، وإنما هى ، فى الواقع ، توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع ، فى الدعاوى الجنائية ، إبتغاء الوصول إلى الحقيقة ، لإرتباطها بالأرواح والحريات ، الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة ، لا مصلحة الأفراد، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى أثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتمًا الا تكون هذه الأحكام معرضة ، فى أى وقت ، لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه ،حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ - مجموعة عمر ٤ - رقم ٩٠ - ص٢٤٥ . عن د.السنهورى - السابق - هامش رقم ١ ، ص١٣٢٤ ، ١٣٢٥ .

(٢) نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ - مجموعة عمر ٣ - رقم ٥٨ - ص١٩٢ ، =

إذن ، فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية ، والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة ، لا وحدة الخصوم ، ولا وحدة الموضوع ، ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، نعرض لها ، فيما يلى :

٤١٥ - الشرط الأول : أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى :

فالقضاء الجنائى ، هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله ، يكون قد حاز قوة الشئ المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة ، من وحدة فى الخصوم ، ووحدة فى الموضوع ، ووحدة فى السبب .

هذا ، والذى يتقيد بالقضاء الجنائى ، هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى ، والقضاء التجارى ، بل وأيضًا القضاء الإدارى (١) .

٤١٦ - الشرط الثانى : أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى :

ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية، حتى لو كانت جهة إستثنائية ، كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكمًا تحضيرياً ، ولا حكمًا تمهيديًا ، ولا أمراً متعلقًا بعمل من أعمال التحقيق الجنائى ، ولا قراراً صادراً من النيابة العامة . ويجب أن يكون حكماً نهائياً (٢) .

- وتعليق الدكتور سليمان مرقس ، فى مجلة القانون والإقتصاد ١٥ - ص١٩٦ - ص١٩٨ . عن د السنهورى - السابق - هامش رقم ١ ، ص١٣٢٥ .

(١) الوسيط للدكتور السنهورى - السابق - بند ٦٣٢ - ص١٣٢٦ .

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى - السابق - بند ٦٣٣ - ص١٣٢٦ ، ١٣٢٧ .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأن الحكم الجنائي ، هو الذي يقيد القضاء المدني ، فيما يتصل بوقوع الجريمة ، ونسبتها إلى المتهم . وهذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية . دون غيرها من الأوامر ، والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق ، لأن هذه القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة ، وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة ، للفصل في موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب هذه القرارات أية حجية أمام القضاء المدني ، ويكون له أن يقضي بتوافر الدليل على وقوع الجريمة ، أو نسبتها إلى المتهم ، على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق [1] .

كما قضت كذلك ، بأن مؤدى نص المادة ٤٠٦ من القانون المدني – قبل إلغائها بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – ونص المادتين ٣٦٥ و٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، أنه لا يكون للحكم الجنائي قوة الأمر المقضي ، أمام المحاكم المدنية ، فيما لم تفصل فيه بعد ، إلا في الوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي ، وكان فصله فيها ضرورياً. ولا يكون للحكم الجنائي قوة الشئ المحكوم به ، إلا إذا كان باتاً لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف ، أو بالنقض ، أما لإستنفاد طرق الطعن فيه ، أو لفوات مواعيده . وتعتبر قاعدة التقيد بقوة الأمر المقضي للأحكام الجنائية ، من النظام العام ، وعلى المحاكم المدنية أن تراعيها من تلقاء نفسها ، فيما لو أخذت بقوة الأمر المقضي به جنائياً[2] .

---

(١) نقض مدني ، في ٢٧ يناير سنة ١٩٧٦ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٧ – رقم ٦٩ – ص٣٠٧ ، ونقض مدني ، في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٢ – مجموعة السنة ٢٣ – رقم ٢٣٦ – ص١٥٠٧ . عن د. السنهوري – السابق – هامش رقم ١ ص١٣٢٧ .

(٢) نقض مدني ، في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ – مجموعة عمر ٤ – رقم ١٨٣ – ص٥٢٥. عن د. السنهوري – السابق – هامش رقم ١ ، ص١٣٢٨ ، ١٣٢٩ .

ويجب ايضًا أن يكون الحكم الجنائى ، سابقًا فى صدوره ، على الحكم المدنى الذى يراد تقييده ، إذ لو كان الحكم المدنى سابقًا ، وإستقرت به حقوق الطرفين ، لم يجز المساس به ، بسبب حكم جنائى يصدر بعده . ولا يعقل - كما تقول محكمة النقض - أن ينعى على حكم مخالفته حكماً ، لم يكن قائماً وقت صدوره [1] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأنه يشترط للإحتجاج بالحكم الجنائى ، أمام القضاء المدنى ، سابقًا صدوره على الحكم المدنى ، الذى يراد تقييده ، وليس لاحقاً عليه ، إذ بعد إستقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائى ، لا يصح المساس بحجيته ، بسبب حكم جنائى يصدر بعده .

والذى يقع كثيراً ، أن يكون الحكم الجنائى ، سابقًا فى صدوره على الحكم المدنى ، وذلك بفضل القاعدة التى تقضى بأن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية ، أمام المحكمة الجنائية ، والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية ، حتى يفصل نهائيًا فى الدعوى الجنائية ، وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائى النهائى ، سابقًا فى صدوره على الحكم المدنى ، ليتقيد هذا به .

ذلك هو ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية ، وهذه هى لحكمة المتوخاة منها [2] .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأن مؤدى نص المادة ١/٢٦٥ من قانون الإجراءات أنه إذا ترتب على الفعل الواحد

---

(١) نقض مدنى ، فى ٢٨ يناير سنة ١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٧ - رقم ٧٢ - ص٣٣٠ . عن د. السنهورى - السابق - هامش رقم ١ ، ص١٣٢٨ ، ١٣٢٩ .

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى - السابق - بند ٦٣٢ - ص١٣٢٨ ، ١٣٢٩ .

مسئوليتان ، جنائية ومدنية ، ورفعت دعوى المسئولية المدنية ، أمام المحكمة المدنية ، فإن رفع الدعوى الجنائية ، سواء قبل رفع الدعوى المدنية ، أو أثناء السير فيها ، يوجب على المحكمة المدنية أن توقف السير فى الدعوى المرفوعة أمامها ، إلى أن يتم الفصل نهائيًا فى الدعوى الجنائية ، وهذا الحكم متعلق بالنظام العام ، ويجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويعتبر نتيجة لازمة لمبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، فيما يتعلق بوقوع الجريمة ، وبوصفها القانونى ، ونسبتها إلى فاعلها ، والذى نصت عليه المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية (١) .

ويندر أن يسبق الحكم المدنى الحكم الجنائى ، ولا يتحقق هذا ، إلا إذا رفعت الدعوى المدنية ، أمام المحكمة المدنية ، وفصل فيها نهائياً ، قبل رفع الدعوى الجنائية . وفى هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدنى بالحكم الجنائى ، كما قدمنا .

بقى أن نواجه فرضًا ، هو الذى يقع فى غالب الأحوال ، هو أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً ، فى الدعوى الجنائية .

فى هذا الفرض ، يصدر حكم واحد فى الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائى الحكم المدنى ، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدنى بالحكم الجنائى ، والقاضى الجنائى الذى يصدر هذا الحكم الواحد ، يتقيد طبعًا بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه . وبهذا يتحقق الإنسجام فعلاً ، ما بين الجزء الجنائى والجزء

---

(١) نقض مدنى ، فى ٣ ديسمبر ١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٤ - رقم ٢٠٩ - ص١٢٠٦ . عن د. السنهورى - السابق - هامش رقم ٢ - ص١٣٢٩ ، ١٣٣٠ .

المدنى . فإذا وقع أن تعارضا ، كل هذا سببًا للطعن بالنقض فى الحكم(١) .

٤١٧ - الشرط الثالث : أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم وكان فصله فيها ضروريًا :

وهذا الشرط ، هو أدق الشروط الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره . فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى ، من هذه الوقائع ، إلا بما كان الفصل فيه ضروريًا لقيام الحكم الجنائى . وهو ما نعرض له ، فيما يلى ، بشئ من التفصيل :

٤١٨ - (١) عدم تقيد القاضى المدنى بالتكييف القانونى الذى إتبعه القاضى الجنائى للوقائع المطروحة :

يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون ، فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى إتبعه القاضى الجنائى لهذه الوقائع ، من الناحية الجنائية .

من ذلك ، أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة الجراح من تهمة القتل خطأ ، لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية

---

(١) فإذا صدر حكم واحد فى الدعويين الجنائية والمدنية ، وإستؤنف الحكم فى شقه المدنى دون الجنائى ، لم يجز أن يقال أن الحكم الجنائى قد أصبح نهائيًا وقد سبق الحكم المدنى ، فيجب أن يتقيد هذا بذالك .. ذلك أن الإستئناف يعيد القضية فى جميع نواحيها إلى ما كانت عليه ، فى الحدود التى إستؤنف فيها الحكم ، ويمنع الإستئناف من أن يصبح الحكم نهائيًا ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التى ظلت عن طريق الإستئناف باقية فى الخصومة (مازو ، فقرة ١٧٥٩) فللمحكمة الإستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة المتهم الذى حكم القاضى الإبتدائى بإدانته / أصبحت الإدانة نهائية بعدم إستئنافها ، كما أن لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذى حكم القاضى الإبتدائى ببراءته ، وأصبحت البراءة نهائية ، بعدم إستئنافها . عن الوسيط للسنهورى - السابق - رقم (١) - ص١٣٣١ .

الجنائية ، بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى ، وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب الجراح ، ويحكم القاضى المدنى بتعويض على الجراح ، الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأن مؤدى المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ٤٠٦ من القانون المدنى ، المطابقة لنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات، أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية ، لا تكون له حجية فى الدعوى المدنية ، أمام المحكمة المدنية ، إلا إذا كان قد فصل فصلاً لازمًا ، فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ، ونسبته إلى فاعله ، وأن الحكم الجنائى الصادر بالبراءة ، إذا كان مبنيًا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون ، سواء كان ذلك لإنتفاء القصد الجنائى ، أو لسبب آخر ، فإنه لا تكون له حجية الشئ المحكوم فيه ، أمام المحكمة المدنية ، وبالتالى فلا يمنع تلك المحكمة من البحث فيما إذا كان هذا الفعل ، مع تجرده من صفة الجريمة ، قد نشأ عنه ضرر، يصح أن يكون أساساً للتعويض (٢) .

٤١٩ - (٢) عدم تقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضروريًا لقيام الحكم الجنائى :

ولا يتقيد القاضى المدنى ، بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع ، إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى .

---

(١) قرب د. السنهورى – السابق – بند ٦٢٤ – ص١٣٣٢ ، ١٣٣٣ .

(٢) نقض مدنى ، فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٥ – رقم ١٢٨ – ص٧٧٩ . عن د. السنهورى – السابق – هامش رقم ١ ، ص١٣٣٢ .

فليس يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى عرض لها الحكم الجنائى ، وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى ، بحيث لو لم تثبت ، لا نهدم الحكم الجنائى ، ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضى المدنى ، مهما أكده القاضى الجنائى (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأن حجية الحكم الجنائى ، أمام المحاكم المدنية ، قاصرة على منطوق الحكم الصادر بالإدانة ، أو البراءة ، وعلى أسبابه المؤدية إليه ، بالنسبة لما كان موضوع المحاكمة ، دون أن تلحق الحجية الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة ، أو الإدانة (٢) .

كما قضت كذلك ، بأن مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات ، أن الحكم الجنائى تقتصر حجيته ، أمام المحاكم المدنية ، على المسائل التى كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه. وهى خطأ المتهم ، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم فإن إستبعاد الحكم الجنائى ، مساهمة المجنى عليه فى الخطأ ، أو تقريره مساهمته فيه ، يعتبر من الأمور الثانوية ، بالنسبة للحكم بالإدانة ، ذلك أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه ، ونفيها ، لا يؤثر إلا فى تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى . والقاضى غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها قدر عقوبة معينة ، طالما أن هذه العقوبة ، بين الحدين المنصوص عليهما فى القانون . إذ كان ذلك ، فإن القاضى المدنى ، يستطيع أن يؤكد دائمًا، أن الضرر نشأ عن فعل المتهم وحده ، دون غيره ، وأن يلزمه

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى– السابق – بند ٦٣٤ – ص١٣٢٣ ، ١٣٢٤ .

(٢) نقض مدنى ، فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٥ – رقم ٢٣٥ – ص١٣٨٣ . عن د. السنهورى – السابق – هامش رقم ١ ، ص١٣٢٤.

بدفع كل التعويض المستحق للمجنى عليه ، حتى ولو كان الحكم الجنائى قد قرر أن المجنى عليه ، أو الغير ، قد ساهما فى إحداث الضرر . كما أن له أن يقرر ، أن المجنى عليه ، أو الغير ، قد أسهم فى إحداث الضرر ، رغم نفى الحكم الجنائى ، ثمة خطأ فى جانبه [1] .

والآن ، ننتقل إلى الفرضين الذين يصدر بهما الحكم الجنائى والتطبيقات العملية الخاصة بمبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى.

٤٢٠ - (أ) تطبيق قاعدة تقيد القاضى بالحكم الجنائى ، يفترض فرضين :

فى تطبيق قاعدة تقيد القاضى بالحكم الجنائى ، لا يخرج الأمر فيها عن فرضين : أن يصدر حكم جنائى بالإدانة ، أو أن يصدر بالبراءة .

وفيما يلى ، نستعرض كلاً من هذين الفرضين ، بشئ من التفصيل :

٤٢١ - (١) صدور حكم جنائى بالإدانة [2] :

من الطبيعى ، أن الحكم الجنائى القاضى بالإدانة ، لابد أن يعرض لركن الخطأ ، وأن يثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة ، فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية، ذلك أنه من المعلوم ، أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدنى ، وليس العكس [3] .

---

(١) نقض مدنى ، فى أول ديسمبر سنة ١٩٧٧ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٨ – رقم ٢٩٨ – ص١٧٢٨ . عن د. السنهورى – السابق – هامش رقم ١ ، ص١٣٣٤، ١٣٣٥ .

(٢) حتى ولو صدر عفو عن الجريمة أو العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى . عن د. السنهورى – السابق – بند ٦٢٤ – ص١٣٣٥ ، وهامش رقم (١) .

(٣) لذلك ، فإن القاضى المدنى لا يتقيد بالحكم الجنائى ، الذى ينفى الخطأ الجنائى ويقضى بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى ، دون أن يوجد خطأ جنائى.

وقد قضت محكمة النقض ، بأن الحكم بالتعويض ، غير مرتبط حتماً بالحكم =

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأن مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات . أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية ، تكون له حجيته فى الدعوى المدنية أما المحكمة المدنية ، كلما كان قد فصل فصلاً لازماً فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفى الوصف القانونى لهذ الفعل ، ونسبته إلى فاعله . فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور ، فإنه يمتنع على المحاكم المدنية ، أن تعيد بحثها ، ويتعين عليه أن تعتبرها وتلتزمها فى بحث الحقوق المدنية المتصلة بها ، لكى لا يكون حكمها مخالفًا للحكم الجنائى السابق له (١) .

٤٢٢ - (٢) صدور حكم جنائى بالبراءة :

كذلك ، إذا صدر حكم جنائى ببراءة المتهم ، فإن ما ورد فى هذا الحكم – مما يعد ضرورياً لقيامه – يقيد القاضى المدنى ، ولا يتقيد هذا بما ورد فى الحكم الجنائى ، إذا لم يكن ضرورياً .

فإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة ، عدم وقوع الخطأ ، أو وقوعه فى أحد ركنيه المادى أو المعنوى ، أو فى ركنيه جميعًا ، فإن القاضى المدنى يتقيد بما ورد من ذلك ، فى الحكم الجنائى .

على أن ذلك لا يعنى أن القاضى المدنى يتقيد بالتكييف الجنائى

= بالعقوبة فى الدعوى الجنائية ، إذ أن الشارع أوجب على المحكمة أن تفصل فى الدعوى المدنية ، فالفعل ولو لم يكن جريمة معاقباً عليها قانوناً ، إلا أنه مع ذلك ، قد يكون جنحة أو شبه جنحة مدنية ، يصح لمن ناله ضرر منه ، أن يطالب بتعويضه؛ نقض جنائى ، فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ – مجموعة أحكام النقض – السنة ١٠ – رقم ١٨١ – ص٨٤٩ ؛ عن د. السنهورى – السابق – بند ٦٢٤ – ص١٣٣٧ ، هامش رقم (١) .

(١) نقض مدنى ، فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٦ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٧ – رقم ٣١٦ – ص١٧١٦ . عن المرجع السابق .

للوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى ، فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان ، لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى ، يجعله مسئولاً عن القتل بإهمال ، وهى الجريمة التى نسبت إليه ، ولكن القاضى المدنى ، قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض ، لأنه مسئول عن خطأ مدنى، مفروض فى جانبه .

على أن هناك حالتان ، يجدر بنا أن نتوقف عند كل منهما : حالة الحكم بالبراءة ، لعدم كفاية الأدلة ، وحالة ما إذا كان الحكم بالبراءة مبنيًا على الفصل فى الواقعة أساس الدعوى ، دون الفصل فى نسبتها إلى المتهم .

وفيما يلى ، نستعرض هاتين الحالتين ، بشئ من التفصيل .

٤٢٣ - • حالة صدور الحكم بالبراءة لعدم كفاية الأدلة :

إذا كان سبب صدور الحكم بالبراءة ، هو عدم كفاية الأدلة على سند الواقعة ، أى ضد المتهم . فقد إختلف الشراح فى صدد هذه الحالة، فذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى (١) .

ويرى البعض الآخر ، أن القاضى المدنى ، لا يتقيد بالحكم الجنائى ، ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة البحث فى الموضوع ، لعلها تظفر بإثبات ما يبرر حكمها بالتعويض ، لأن تقرير المحكمة الجنائية أنها لم تستطع إثبات الخطأ ، لا يجزم بعدم وقوعه ، ولا يتعارض مع قيام المحكمة المدنية بإثباته (٢) .

---

(١) رسالة الإثبات للأستاذ نشأت - الجزء الثانى - ص١٦٩ ، والإثبات للمستشار محمد عبد اللطيف - الجزء الثانى - ص٢٣٢ ، والإثبات فى المواد المدنية ، للدكتور عبد المنعم الصدة - ص١٦٨ . عن المستشار عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون الإثبات - الطبعة التاسعة - ص٩٠٤ ، ٩٠٥ .

(٢) نهنى - جزء ٢ - ص٤٧٦ ، ورأى فى الفقه الفرنسى . عن المرجع السابق - ص٩٠٥ .

وقد ذهب الدكتور «سليمان مرقس» ، إلى أن المشرع حسم هذا الخلاف ، وأخذ فى شأنه بالرأى الأول ، بما نصت عليه المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية ، من أن الحكم بالبراءة تكون له قوة الشئ المحكوم فيه ، سواء بنى على إنتفاء التهمة ، أو على عدم كفاية الأدلة (١) .

أما محكمة النقض ، فإنها تنحاز إلى الرأى الأول .

٤٢٤ - • حالة ما إذا كان الحكم بالبراءة مبنيًا على الفصل فى الواقعة أساس الدعوى دون الفصل فى نسبتها إلى المتهم :

إذا كان الحكم بالبراءة مبنيًا على الفصل فى الواقعة أساس الدعوى ، دون الفصل فى نسبتها إلى المتهم ، ففى هذه الحالة ، تنتفى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية ، فيجوز للقاضى المدنى أن يحكم بالتعويض على المتهم ، لأن حكمه هذا ، لا ينطوى على تعارض مع الحكم الجنائى .

فقد يكون الحكم بالبراءة راجعًا إلى إنقضاء الدعوى العمومية بوفاة المتهم ، أو بالعفو الشامل ، أو بالتقادم ، فيكون للقاضى المدنى ، حينئذ ، أن يقضى بالتعويض ، على أساس أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم تمثل تقصيراً مدنياً .

وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد ، أو غير عمد ، فإن القاضى المدنى ، يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ بأنه عمد ، أو غير عمد ، من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها .

وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ ، بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى ، وإن أثر فى تقدير العقوبة، فلا يتقيد به القاضى المدنى ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ،

---

(١) أصول الإثبات ، للدكتور سليمان مرقس - الطبعة الخامسة - الجزء الثانى - ص٢٩٤ وما بعدها . عن المرجع السابق - ص٩٠٥ .

ليس هو حتماً الخطأ الجسيم ، من الناحية المدنية (١) .

وننتقل الآن إلى بيان بعض الصور والتطبيقات القضائية ، الخاصة بمبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى .

٤٢٥ - (ب) مبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى التطبيق العملى :

فى إطار بحثنا فى التطبيقات العملية ، لمبدأ تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، نتعرض للصور التى تشتمل على خطأ المجنى عليه ، أو الغير ، وأيضاً للصور التى تتعلق بتسبيب الحكم الجنائى . وذلك على النحو التالى :

٤٢٦ - (١) رفض دعوى التعويض المرفوعة على المسئول المقضى بإدانته بزعم إستغراق خطأ المجنى عليه لخطئه تعد مخالفة لحجية الحكم الجنائى :

إذا قضت المحكمة الجنائية بإدانة المسئول ، ورفع المضرور أو ورثته الدعوى بالتعويض ، فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تقضى برفضها ، على سند من أن خطأ المضرور قد إستغرق خطأ المسئول ، لأن الحكم الجنائى فصل فى وقوع خطأ من المسئول ، فيلزم المحكمة المدنية أن تتقيد بهذا الرأى ، الذى إنتهت إليه المحكمة الجنائية (٢) .

٤٢٧ - (٢) إستبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه أو الغير فى الخطأ أو تقريره مساهمته فيه لا يقيد المحكمة المدنية :

إذا إستبعد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ ، أو

---

(١) يراجع الوجيز للسنهورى – ص٣٨٢ ، والإثبات للصدة – ص١٦٥ ، ورسالة الإثبات لنشأت – الجزء الثانى – ص١٦٩ ، وما بعدها ، وأصول الإثبات فى المواد المدنية لسليمان مرقس – الطبعة الرابعة – الجزء الثانى – ص٢٨٨ ، وما بعدها . عن الدناصورى وعكاز – السابق – ص٩٠٦ ، ٩٠٧ .

(٢) الدناصورى وعكاز – السابق – ص٩٩٠ .

قرر مساهمته فيه ، فإن ذلك لا يقيد المحكمة المدنية ، لأن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه ، أو نفيها ، لا يؤثر فى قيام الجريمة وإما ينحصر تأثيره فى تقدير القاضى للعقوبة ، وتحديدها بين حديها الأدنى والأقصى ، وهو غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها قدر عقوبة معينة ، طالما أن هذه العقوبة تتراوح بين حديها المنصوص عليهما في المادة التى بينت العقوبة .

فإذا أورد الحكم الجنائى فى مدوناته ، أن المجنى عليه ساهم فى الخطأ ، فإن للقاضى المدنى أن يقرر أن الضرر نشأ عن فعل المتهم وحده .

وإذا نفى الحكم الجنائى عن المجنى عليه ، أو الغير ، مساهمته فى إحداث الضرر ، فإنه يجوز للقاضى المدنى أن يقرر أن المجنى عليه، أو الغير أسهم فى إحداث الضرر ، فيراعى ذلك فى تقدير التعويض ، إعمالاً للمادة ١/٢١٦ مدنى ، والتى يجرى نصها على أنه : « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو لا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه ، قد إشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد فيه » (١) .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأن مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات ، أن الحكم الجنائى تقتصر حجيته ، أمام المحاكم المدنية ، على المسائل التى كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه ، وهو خطأ المتهم ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ومن ثم فإن إستبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ ، أو تقرير مساهمته فيه ، يعتبر من الأمور الثانوية ، بالنسبة للحكم بالإدانة ، ذلك أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه، أو نفيها ، لا يؤثر إلا فى تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى . والقاضى غير ملزم ببيان الأسباب التى

---

(١) عن الدناصورى وعكاز – السابق – ص٩٩١ ، ٩٩٢ .

من أجلها قدر عقوبة معينة ، طالما أن هذه العقوبة من الحدين المنصوص عليهما فى القانون . إذ كان ذلك ، فإن القاضى المدنى يستطيع أن يؤكد دائمًا ، أن الضرر نشأ عن فعل المتهم وحده ، دون غيره ، وأن يلزمه بدفع كل التعويض المستحق للمجنى عليه ، حتى ولو كان الحكم الجنائى قد قرر أن المجنى عليه ، أو الغير ، قد أسهم فى إحداث الضرر ، أو رغم نفى الحكم الجنائى أن المجنى عليه ، أو الغير ، قد أسهم فى إحداث الضرر ، كما أن له أن يقرر أن المجنى عليه، أو الغير ، قد أسهم فى إحداث الضرر ، رغم نفى الحكم الجنائى ثمة خطأ فى جانبه ، وليراعى ذلك فى تقدير التعويض ، إعمالاً للمادة ٢١٦ من القانون المدنى ، التى تنص على أنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه ، قد إشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد فيه » [1] .

٤٢٨ - (٣) يجوز للقاضى المدنى أن ينقص التعويض بمقدار مساهمة المجنى عليه فى الخطأ رغم صدور الحكم الجنائى بإدانة المسئول :

من المقرر قانونًا ، أنه يجوز للقاضى المدنى ، أن يقرر أن المجنى عليه قد ساهم فى وقوع الخطأ . وهذا القول منها لا يعد مناقضًا للحكم الجنائى القاضى بإدانة المتهم ، لأن مساهمة المجنى عليه فى الخطأ ، لا تنفى مسئولية المتهم ، مادام أن خطأه لم يستغرق خطأ المجنى عليه .

وعلى ذلك ، يجوز للمحكمة المدنية أن تقرر فى حكمها أنها

(١) نقض ١٩٨٠/١٢/٤ - سنة ٣١ - الجزء الثانى - ص١٩٩٦ ، نقض ١٩٧٧/١٢/١ - سنة ٢٨ - ص١٧٣٨ ، نقض ١٩٧٦/١٢/٧ - سنة ٢٧ - ص١٧١٦ . عن الدناصورى وعكاز - السابق - ص٢٩٢ ، ٢٩٣ .

أنقصت التعويض قبل المتهم ، دون أن يكون فى هذا الذى قررته ، أى مساس بحجية الحكم الجنائى [1] .

وقد قررت محكمة النقض ذلك فى حكم لها ، إذ تقول بأن مفاد المادتين ٤٥٦ إجراءات جنائية ، ١٠٢ من قانون الإثبات ، أن الحكم الجنائى تقتصر حجيته أمام المحاكم المدنية ، على المسائل التى كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه ، وهى خطأ المتهم ، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ومن ثم فإن إستبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ ، أو تقريره مساهمته فيه ، يعتبر من الأمور الثانوية ، بالنسبة للحكم بالإدانة ، إذ أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه ، أو نفيها ، لا يؤثر إلا فى تحديد العقوبة ، بين حديها الأدنى والأقصى . والقاضى الجنائى غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها يقرر عقوبة معينة ، طالما أن هذه العقوبة بين الحدين المنصوص عليهما فى القانون .إذ كان ذلك ، فإن القاضى المدنى ، يستطيع أن يؤكد دائمًا أن الضرر نشأ من فعل المتهم وحده ، دون غيره ، كما أن له أن يقرر أن المجنى عليه ، أو الغير ، قد أسهم فى إحداث الضرر ، رغم نفى الحكم الجنائى هذا ، أو ذاك ، ليراعى ذلك فى تقدير التعويض ، إعمالاً للمادة ٢١٦ من القانون المدنى ، التى تنص على أنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو الا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه ، قد إشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد عليه» . لما كان ذلك ، وكان الطاعن قد نعى على الحكم المطعون فيه ، أن الحادث وقع نتيجة خطأ مورث المطعون عليهما ، الذى إستغرق خطأ تابع الطاعن ، وأن الحكم جنح إلى المغالاة فى تقدير التعويض ، حين اغفل مشاركة المورث فى الخطأ المسبب

---

(١) المسئوليتان الجنائية والمدنية فى القتل والإصابة الخطأ للمستشار الدناصورى والدكتور الشواربى – ص١١٤٥ ، وما بعدها . عن المرجع السابق – ص٩٩٢ ، ٩٩٤.

للضرر . وكان الحكم المطعون فيه قد قضى فى الدعوى على أساس أن الحكم الجنائى له حجيته فى ثبوت خطأ تابع الطاعن ، الذى أدى إلى وقوع الحادث ، وأن القاضى المدنى يرتبط بما يقرره الحكم الجنائى من نفى نسبة الخطأ للمورث ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، مما حجبه عن تحقيق دفاع الطاعن ، الذى لو ثبت ، فقد يتغير به وجه الرأى فى تقدير التعويض ، بما يستوجب نقضه (١) .

٤٢٩ - (٤) قضاء المحكمة الجنائية ببراءة المتهم وتسبيب حكمها على عدم وقوع خطأ منه ولخطأ المجنى عليه يقيد المحكمة المدنية في شقه الأول دون الثانى :

من المقرر قانوناً ، أن حجية الحكم الجنائى ، أمام المحكمة المدنية مقصورة على منطوق الحكم الصادر بالإدانة أو البراءة ، وعلى أسبابه المؤدية إليه ، بالنسبة لما كان موضوع المحاكمة ، دون أن تلحق الحجية الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة ، أو تلك الإدانة .

فإذا قضى الحكم ببراءة المتهم من تهمة القتل أو الإصابة الخطأ ، لإنتفاء الخطأ فى جانبه . ففى ذلك ما يكفى لإقامته .أما تطرقه بعد ذلك لخطأ المجنى عليه ، فهو تزيد لم يكن ضرورياً لقضائه ، وبالتالى فلا حجية له أمام المحاكم المدنية (٢) .

٤٣٠ - مبدأ أخير : لا حجية للحكم الجنائى الغيابى الذى إنقضى بمضى المدة أمام المحاكم المدنية :

من المقرر ، أن الأحكام الغيابية فى الجنح ، تسقط بمضى خمس سنين، عملاً بالمادة ٢/٥٢٨ إجراءات جنائية ، فإذا صدر حكم غيابى ، ولم يتم الطعن فيه ، لا بالمعارضة ، ولا بالإستئناف ولم يتخذ بشأنه

---

(١) نقض ١٩٨٠/١٢/٤ – سنة ٣١ – الجزء الثانى – ص١٩٩٦ . آنف الإشارة إليه .

(٢) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز – السابق – ص٩٩١ .

اى إجراء أخر ، ومضت المدة المقررة لإنقضائه ، فإن هذا الحكم ، لا يكتسب أمام المحكمة المدنية قوة الشئ المحكوم به .

وعلى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض ، بأن الحكم الجنائى ، لا تكون له قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية ، إلا إذا كان باتاً ، لا يقبل الطعن فيه ، إما لإستنفاد طرق الطعن الجائزة فيه ، أو لفوات مواعيدها . لما كان ذلك ، وكان مفاد الشهادة الصادرة بتاريخ ١٠/٢/١٩٨٢ ، من نيابة الزيتون ، أن الحكم الجنائى الغيابى ، الذى صدر فى الدعوى الجنائية ، لم يتم الطعن فيه لا بالمعارضة ، ولا بالإستئناف ، وقد إعتبر لذلك أخر إجراء من إجراءات تلك الدعوى ، حتى إنقضى بمضى المدة ، ومن ثم لا يكتسب أمام المحاكم المدنية قوة الشئ المحكوم به (١) .

وغنى عن البيان ، أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة المدنية - رغم إنقضاء الحكم الجنائى الغيابى - أن تستند إلى محضر الجنحة الذى حرر عن الواقعة ، بل إنه فى معظم الأحوال ، يكون هو عماد حكمها ، سواء قضت بالقبول ، أو الرفض .

وجدير بالذكر ، أن تقادم دعوى التعويض ، أمر لا يتصل بالنظام العام ، ولا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها (٢) .

---

(١) نقض مدنى ، فى ٣٠/١/١٩٩٠ - سنة ٤١ - الجزء الأول - ص٣٢٤ . عن المرجع السابق - ص٩٧٥ .

(٢) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - السابق - ص٩٧٤ .

الفصل السابع
سلطة المحكمة فى فحص وتقدير الخطأ الطبى

الفصل السابع

سلطة المحكمة فى فحص وتقدير الخطأ الطبى

٤٣١ - تمهيد وتقسيم :

يتطلب منا بحث موضوع هذا الفصل ، أن نتعرض أولاً لسلطة المحكمة فى فحص خطأ الجراح ، ثم من بعد لسلطتها فى تقدير هذا الخطأ .

وعلى ذلك ، فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : سلطة المحكمة فى فحص الخطأ الطبى .

الفرع الثانى : سلطة المحكمة فى تقدير الخطأ الطبى .

الفرع الأول
سلطة المحكمة فى فحص الخطأ الطبى

٤٣٢ - مبادئ وتعريفات :

بداية ، نستعرض هنا بعض المبادئ والتعريفات اللازمة ، قبل الخوض فى الموضوع ، وذلك على النحو التالى :

٤٣٣ - (١) ضرورة إستعانة القاضى بالخبراء الفنيين فى المسائل الفنية التى تشق عليه :

إذا كان الخطأ ركنًا ضرورياً لإنعقاد المسئولية الطبية ، إلا أن الخلاف دائماً ما يظهر بخصوص تطبيقه ، وحصر حالاته ، ذلك أن التطبيق غير الدقيق لمفهوم الخطأ - فى مجال المسئولية الطبية - يؤدى إلى قرارات غير دقيقة .

وتزداد الصعوبة فى تقدير الخطأ الطبى ، بالنظر إلى أن الطبيب يقوم بأعمال فنية ، قد لا يجمع أهل المهنة على التسليم بها ، كما أن البعض ينكرها ، بل يجهلها رجل القانون الذى يفصل فى هذه الدعوى ، والتى يبنى قراره فيها على توافر أو عدم توافر ثبوت الخطأ فيها ، بالإضافة إلى دقة هذا العمل ، وما يتطلبه من ضرورة حماية الخاضع له ، بما يحسم هذا التردد القائم فى هذا العمل الفنى . وهو ما يجعل مهمة قاضى الموضوع مهمة صعبة ، فى الوقت الذى يلتزم فيه بعدم التوغل فى النظريات العلمية ، ولا سيما النظريات التى هى محل خلاف بين أهل الخبرة ، وأن يكون حكمه مطابقاً للقانون ، من حيث ثبوت الخطأ فى جانب الطبيب .

كل من هذه الأمور ، قد جعلت من الضرورى الإستعانة بالخبراء الفنيين فى هذا الصدد ، بغية أن يضعوا تقاريرهم فى شأن كل حالة لرجال القضاء ، حتى يقوموا بمطابقتها بالمعايير القانونية ، والتحقق

من ثبوت الخطأ ، فى جانب القائم بالعمل الطبى ، ذلك أن القاضى ، مهما كان مستوى ثقافته ، فإنه لن يتوصل إلى معرفة ثبوت ، أو عدم ثبوت صفة الخطأ فى الأعمال التى قام بها الطبيب ، إلا باللجوء إلى هؤلاء الخبراء ، من أرباب مهنة الطب .

على أن هذا ، يقتضى من القاضى تحديد مهمة الخبير الفنى ، التى يجب أن تنحصر فى تقدير الناحية الفنية البحتة ، دون الأخطاء الظاهرة الواضحة ، التى لا تحتاج إلى توغل من رجل القانون للكشف عنها ، فلابد للقاضى أن يقوم بتحقيق الوقائع بعين الإعتبار ، وأن يدرس كافة الإستدلالات الواضحة ، قبل تسليم المهمة إلى الخبير الفنى ، وذلك طبقًا لنص المادة ١/٣١٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى ، والتى تقرر : « أن الخبير الفنى لابد أن يزاول مهمته تحت رقابة القاضى المتتبع لإجراءات الدعوى . وهذا الأخير يحق له الحضور فى العملية الفنية ... (١) .

٤٣٤ - (٢) ماهية الخبرة وطبيعتها القانونية :

والخبرة مهمة خاصة ، أو هى إستشارة فنية ، يقدمها الخبير للمحقق ، أو القاضى فى مجال الإثبات ، عن وقائع لا يستطيع أن يشق طريقه فيها وحده . وهذه الوقائع قد تتعلق بشخص ، أو بشئ ، أو بحالة معينة ، يحتاج فحصها إلى معرفة معينة .

ويعرف الأستاذ « جاستون روسل » الخبرة ، بأنها إجراء يقصد منه الحصول من الفنيين على رأى مسبب ، فى مسألة تدخل فى صميم إختصاصهم .

فالخبرة القضائية ، تتغيا ، بصفة أساسية ، أن تضئ الطريق أمام القاضى ، فى المسائل ذات الصبغة الفنية .

---

(١) راجع د. محمود سعد - السابق - بند ٣١٣ ، ٣١٤ - ص٦١٠ ، ٦١٤ ، والهوامش المشار إليها .

أما الخبير ، فهل قبل كل شئ من أرباب فنه ، أو علمه ، الذى يعكف على معرفته .

هذا ، وقد تعددت الآراء والمذاهب في شأن تحديد الطبيعة القانونية للخبرة ، فذهب رأى إلى أن الخبرة هي وسيلة إثبات ، تستهدف الوصول إلى معرفة وقائع مجهلة ، أو التعرف عليها من خلال الواقع المعلوم .

وثمة نظرية أخرى ، نودى بها فى الفقه الإيطالى ، حاصلها أن الخبرة ليست وسيلة إثبات فى حد ذاتها ، لأنها لا تهدف لإثبات وجود، أو نفى واقعة ، أو حالة ما ، ولكنها وسيلة لتقدير عنصر إثبات فى الدعوى (١) .

ولا يتسع المجال أمامنا لعرض باقى النظريات ، التى قيلت فى الخبرة . ولذلك نكتفى بما أوردناه فى هذا الصدد .

٤٣٥ - (٢) الخبراء هم معاونون للقاضى يندبون لمعاونته فى المسائل الفنية التى تشق عليه :

إذا كانت عدم خبرة القاضى بالمسائل الفنية (٢) الطبية ، هى التى تبرر إستعانته بشخص من أهل المهنة ، ليوضح له المسائل الفنية التى يثيرها النزاع المعروض عليه ، فمؤدى ذلك أن الخبرة ، لا تكون إلا تكملة ضرورية لخبرة القاضى ، فى المجال الذى يجهله (٣) . لذلك يقال أن : « الخبراء مساعدون للقضاة » (٤) .

---

(١) عن محمد ماهر النائب العام الأسبق « بحث فى مبدأ أن القاضى خبير الخبراء » ، منشور بمجلة القضاة - العدد الثامن ، سبتمبر ١٩٧٣ - ص١١ ، وما بعدها .

(٢) د. محمود جمال الدين - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية - ص١٢ . عن د.حسن قاسم - السابق - ص٢١٦ . وهامش رقم (١٨١) .

(٣) د. محسن البيه - ص١٧٢ . عن د. حسن قاسم - السابق - ص٢١٧ ، وهامش رقم (١٨٣) .

(٤) د. محمود جمال الدين - ص١٤ . عن د. حسن قاسم - السابق - ص٢١٧ ، وهامش رقم (١٨٤) .

ومن هنا ، تبدو أهمية أن يحدد القاضى مهمة الخبير على نحو دقيق ، وهى مهمة فنية بحتة ، يتوقف تحديدها بداهة على موضوع النزاع المعروض على القاضى ، ومداه . وبصفة عامة يمكن القول بأن هذه المهمة تنصرف إلى بحث الأسباب التى أدت إلى حدوث الفعل الضار ، وما إذا كان من الممكن تجنبه ، وفقًا للمعطيات العلمية السائدة ، لحظة إتيان الفعل ، ومدى الإهمال الذى إرتكبه الطبيب ، وما كان ليرتكبه طبيب يقظ فى نفس الظروف الخارجية ، التى أحاطت بالطبيب موضع المساءلة . وعلى الخبير فى ذلك أن يبحث فى حالة المريض ، والظروف والعوامل التى أثرت فيه ، وما إذا كانت راجعة إلى تطور المرض ، أم إلى أوجه العلاج الذى إقترحه الطبيب محل المساءلة ، ليبين بعد ذلك مدى الأضرار التى أصيب بها المريض، من جراء فعل الطبيب [1] .

وعلى الخبير فى كل ذلك ، أن يدعم تقريره بالأصول العلمية المستقرة ، وأن يبين مدى خروج الطبيب ، عن هذه الأصول .

هذا ، ويلاحظ الفقه ، أن الحصول على تقرير موضوعى من الخبير ، تعترضه صعوبتان : الأولى موضوعية ، والثانية شخصية .

فمن الناحية الموضوعية ، فإنّه ليس من المؤكد أن يكون بمقدور الخبير المكلف ، بيان أوجه خطأ الطبيب المسئول ، من الناحية الفنية، وأن يقدر على نحو دقيق الموقف الذى وجد فيه الطبيب المذكور ، والذى يمارس عمله فى ظروف واقعية مختلفة « فالصعوبة هنا تتمثل إذا فى الإختلاف الكبير بين المعطيات المجردة ، والحقيقة الواقعية الملموسة»[2] .

---

(١) د. السيد عمران – ص٥٧ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢١٧ ، وهامش رقم (١٨٥) .

(٢) د. محسن البيه – ص١٧٣ ، ود. أشرف جابر – ص١١٥ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢١٨ ، وهامش رقم (١٨٧) .

ومن الناحية الشخصية ، فإن الخبرة الطبية تعانى من نظرة الشك الموجهة إليها ، من قبل غير المتخصصين ، نظراً لإمكانية وجود التضامن ، بين أصحاب المهنة الواحدة ، على نحو قد يسمح بتغاضى الخبير ، عن أخطاء زميله الطبيب المسئول ، أو إيجاد تبرير لها (١) .

٤٣٦ - للقاضى أن ينذب الخبراء لفحص وتحقيق دعوى إثبات الحالة المتعلقة بالخطأ الطبى :

قد يحدث أن يلجأ المدعى إلى رفع دعوى إثبات الحالة ، أمام محكمة الأمور المستعجلة ، بغية بيان الأخطاء الفنية التى إرتكبها الطبيب المسئول ، والضرر الذى لحق به من جراء هذه الأخطاء ، توطئه لتقدير التعويض الجابر للضرر . فإذا تبين للقاضى توافر شروط هذه الدعوى ، أجابه إلى طلبه ، وأحال الدعوى إلى الخبير لإثبات الحالة .

ومن أمثلة ذلك ، ما قضت به محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة فى ٢١ فبراير سنة ٩٥٣ ، فى واقعة إمرأة ، أجرى لها الطبيب عملية تجميل فى ثديها ، وإذا إرتكب عدة أخطاء فنية، ترتب عليها تشويه الثدى ، فضلاً عن تقيحه وتليفه ، فقد أقامت عليه الدعوى ، طالبة إثبات حالة ثديها ، وتقدير التعويض .

وقد جاء بأسباب الحكم ، ما يلى :

« من حيث أن المدعية ، رفعت هذه الدعوى ، بصحيفة أعلنت للمدعى عليه بتاريخ ١٩٥٢/١٠/١٤ ، قالت فيها بأن المدعى عليه قد أشار عليها ، بوصفه طبيباً أخصائياً فى عمليات التجميل ، بإجراء

---

(١) J.Penneau, Op.-it. p. 139 أنظر أيضاً د محسن البيه – ص١٧٣ . عن د. حسن قاسم – السابق – ص٢١٨ ، وهامش رقم (١٨٨) .

جراحة لتصغير ثديها ، وتجميلها ، فأجرى لها بالثدى الأيمن عملية دلت على جهله التام بجراحة التجميل ، إذ أنه إرتكب أخطاء فنية فاحشة ، لا تجعله مسئولاً عن التضمينات ، ولكن توقعه أيضاً تحت طائلة العقاب ، إذ قد ترتب على هذه الجراحة الفاشلة نتيجتين : (الأولى) تشويه الثدى (الثانية) أن الثدى قد أصيب بتقيح وتليف ،، فأصبح مصدراً للآلام والأوجاع ، ومن ثم فقد طلبت فى ختام الصحيفة الحكم بصفة مستعجلة بندب أحد الأخصائيين فى جراحة التجميل ، لتكون مأموريته الكشف عليها ، وإثبات حالة ثديها الأيمن الذى أجريت فيه العملية ، وبيان الأخطاء الفنية ، ودرجة التشويه الذى لحق الثدى بسبب هذه الأخطاء ، وتقدير التعويض والأضرار الأدبية والمادية التى لحقت بها بسبب هذه الأخطاء ، مع إلزام المدعى عليه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ، وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة ، وبنسخة الحكم الأصلية .

وحيث أن المدعى عليه دفع بعدم الإختصاص ، لعدم توافر ركن الإستعجال فى الدعوى . وقال شرحاً لهذا الدفع ، أنه وردت له خطابات من المدعية تشكره فيها على نجاح العملية ، وفضلاً عن ذلك، فإنه قد مضى شهران من تاريخ إجراء هذه العملية ، حتى تاريخ رفع هذه الدعوى .

وحيث أنه حتى مع التسليم جدلاً بأن المدعية ، قد أرسلت للمدعى عليه خطاباً ، توجه له فيه الشكر على نجاح العملية ، إلا أن المدعية إذ تقرر أنه قد تكشف لها خطأ المدعى عليه فيما بعد ، وأنها لذلك تطلب الحكم بإثبات حالة ثديها ، لتحدد مسئولية المدعى عليه قبل البدء فى العلاج ، فإن هذا الطلب يكتنفه وجه الإستعجال ، إذ يخشى أن يتفاقم وجه الضرر مع مرور الوقت ، وفضلاً عن ذلك ، فإن الحالة المراد إثباتها ، مما يصح أن تكون محل نزاع موضوعى أمام القضاء ، بصرف النظر عن إحتمال ، أو عدم إحتمال كسب الدعوى ، ومن ثم

فلا ترى هذه المحكمة ، ما يحول دون الحكم بإثباتها ، كإجراء وقتى حافظ لحقوق الطرفين ، دون المساس بأصل الحق [1] .

٤٣٧ - أولاً : القاضى هو الخبير الأعلى فى الدعوى :

غير أن وجوب الإستعانة بتقرير الخبير الفنى ، لا يعنى أن القاضى ليس هو الخبير الأول فى الدعوى ، بل على العكس من ذلك، أن دور الخبير لا يعنى سوى مطابقة أعمال الطبيب على المفاهيم العلمية لهذا الفن ، ولهذا ، فإن الإستعانة بكبير الأطباء الشرعيين للإستنارة برأيه ، فى أمر محل خلاف بين الأطباء ، لا يعد تنحياً من المحكمة عن وظيفتها ، فى حين أن البعض قد فهم خطأ مهمة الخبير الفنى ، ولا سيما فى المجال الطبى ، وأنه يؤدى إلى الإقلال من شأن عمل القاضى فى الحكم فى الدعاوى ، فقرر أحدهم أن الطبيب ليس كغيره من الرجال ، بل هو رجل ذو طبيعة خاصة ، ويجب أن تتوافر لدى الناس الروح الطيبة ، التى لا يمكن الحصول عليها إلا بواسطة الدراسة الكاملة للطبيب ، وبمزاولة المهنة الطبية. أما القضاة ، فإن طبيعة عملهم تسير على القياس ، والمقارنة ، ومراجعة النصوص القانونية والأحكام . وما من حكم للقضاء - فى شأن من الشئون الطبية - لم يصدم الأطباء فى مجموعة ، أو فى بعض تفاصيله [2] .

بل تمادى البعض ، وذهب بعيداً من الخلط بين مهمة مطابقة أعمال الطبيب للمفاهيم العلمية والفنية ، وبين مطابقتها ، من جهة أخرى ، للنصوص القانونية ، إلى المطالبة بنزع القضايا الطبية من ساحة القضاء . وقالوا تعليلاً لذلك ، أن القضاة لا يستطيعون تقدير مواطن الخطأ ، وهم من رجال القانون ، فى مسائل تتعلق بفن

---

(١) القضية رقم ٦٤٤٩ لسنة ١٩٥٣ . عن المستشار يحيى إسماعيل - المرشد فى قانون الإثبات - رقم ١٠ - ص٨٩٢ - ٨٩٥ .

(٢) راجع د. محمود سعد - السابق - بند ٣١٥ - ص٦١٤ ، والهوامش المشار إليها .

مجهول لديهم تمام الجهل . وأنه يجب أن يقضى فى المسائل الطبية على الأقل ، من مجالس طبية مكونة من أهل المهنة . إلا أن هذا الرأى قد هجر منذ ظهوره ، لأنه ليس هناك ما يميز الطبيب عن غيره من أصحاب المهن ، ذلك أنه لا توجد مهنة فنية لا تنطبق عليها هذه الملاحظات التى يوردها الأطباء عن المهنة الطبية ، مما يوجد مقتض لإنشاء محاكم خاصة لكل طائفة من أرباب المهن ، وذلك من شأنه التضحية بالصالح العام ، فى سبيل تحقيق المصالح الفردية للطوائف المختلفة .

وغنى عن الذكر ، فى هذا الصدد ، أن التجربة على نظام المجالس الطبية الدائمة ، للفصل فى مسئولية الأطباء ، لم يحقق الأغراض التى كان ينشدها منها الأطباء . علاوة على أن من شأن هذا الرأى أن يؤدى إلى إيقاع الظلم بالأطباء أنفسهم ، لأن الخلاف فى طرق العلاج، والمفاضلة بين الوسائل المستخدمة فيه قد يؤدى بأعضاء هذه المجالس، إلى نظريات معينة قد تكون محل خلاف من فريق أخر ، وما يترتب على ذلك من إختلافهم فى تكييف فعل الطبيب بأنه خطأ ، أم لا ، وذلك لإيمان بعضهم بطريقة العلاج المتبعة ، ونكران الآخر لها.

ولنا أن نقرر مع الفقه ، أن هذا الإتجاه قد جاء نتيجة لبس وخلط فى فهم دور القضاء ، وتعاطفاً مع الطبيب . فخلطوا بين ثبوت مطابقة العمل الفنى للطبيب لقواعد المهنة . وهذا عمل فنى يختص بفحصه الخبير المعين من قبل المحكمة ، وبين مطابقة نتيجة هذا العمل فى المجال القانونى بعناصر المسئولية . وهذا عمل قانونى بحت يقوم به القاضى ، فالأحكام القضائية لا تستهدف الحقيقة العلمية بالمعنى الصحيح ، وإنما تستهدف حقيقة قضائية فى إطار حجية الأمر المقضى . فمهمة القضاء تتحصل فى كشف الحقيقة القضائية فى

حدود (١) الإلتزام بأحكام القانون ، أما نصرة الحقيقة المطلقة ، فأمر متروك لمشيئة الله .

وبازاء هذه الإنتقادات ، وغيرها ، لم يستطع هذا الإتجاه أن يصمد، بل زاد الإقتناع بدور القاضى فى نظر المسائل الطبية ، إلى حد الإقلال من دور الخبير الفني . وإكتفى بالإستعانة به فى تفسير الأعمال الفنية للطبيب ، ومدى مطابقتها لقواعد المهنة ، والأصول العلمية الثابتة ، ذلك أن الخبير لا يعطى إلا رأياً شخصيًا له ليقدره القاضى . ويمكن لأطراف الخصومة أن تفنده ، وتقيمه . وأنه يجب الحذر من عمل الخبير ، وخضوع نتيجة فحصه فى النهاية لتقدير القاضى ، وذلك لإحتمال تعاطفه مع زميله ، وتأثره بعامل الزمالة . ولتقدير سلوك الطبيب فى تلك الظروف ، وبما أن الخبرة معهود بها إلى أطباء ، فإن المحاكم أصبحت تحتفظ لنفسها بالإستنتاجات وبالرجوع إلى مؤلفات طبية مثلاً . وأن المحكمة لا تلتزم بتعيين خبير، متى وجدت فى تقرير الخبير المنتدب ، وأوراق الدعوى ، وعناصر أخرى ، ما يكفى لإقتناعها (٢) .

والخلاصة إذن ، أن الخبير الأول فى الدعوى هو القاضى . وتقتصر مهمة الخبير على تحقيق الواقع فى الدعوى ، وإبداء الرأى فى المسائل الفنية ، دون المسائل القانونية . وللمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير كله ، أو تطرح بعضه ، بل أن للمحكمة الحق فى رفض طلب تعيين خبير ، بدون أن يكون فى ذلك أية مخالفة للقانون(٣) .

---

(١) راجع د. محمود سعد – السابق – بند ٢١٥ – ص٦١٦ ، ٦١٧ والهوامش المشار إليها .

(٢) راجع د. محمود سعد – السابق – بند ٢١٥ ص٦١٧ والهوامش المشار إليها .

(٣) نقض مدنى – جلسة ٢٥/١١/١٩٧٥ – الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٠ق – السنة ٢٦ – رقم ٢٧٧ – ص١٤٧٠ .

وعلى ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، فى دعوى قررت فيها محكمة أول درجة بوجود عجز يمثل ٥٥ ٪ وإدعى المسئول أنه يمكن تخفيض هذا العجز لو أجريت عملية جراحية . فإنتدبت المحكمة خبيراً فور ذلك ، فكان أن إنتهت المحكمة إلى تخفيض التعويض المطلوب . إستأنف المضرور الحكم ، فقررت محكمة الإستئناف رفض تخفيض التعويض ، ورفض تعيين خبير . طعن فى هذا الحكم أمام محكمة النقض ، بمقولة أن المحكمة تجاهلت رأى الخبير ، بأنه لو أجريت عملية لتحسنت حالة المريض ، فقررت محكمة النقض « أن تقرير الخبير هو أحد العناصر التى يستند إليها القاضى فى تكوين عقيدته ، والتى تخضع لتقدير المحكمة ، فالمحكمة لا تلتزم برأى الخبير ، ولها ، بل من واجبها ، أن تستكمل أوجه الإقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للمناقشة (١) .

٤٣٨ - ثانيًا : مسألة لجوء القاضى إلى الخبير بين الضرورة وبين حريته فى عدم الأخذ بما إنتهى إليه الخبير :

لعله من المناسب هنا أن نتساءل حول ما إذا كان من المنطقى أن يلجأ القاضى إلى الخبير إلتماساً لرأيه الفنى ، بسبب عدم إختصاصه، مع إحتفاظه فى نفس الوقت بحقه فى ألا يتبع ما جاء بتقريره .

قد يقال ، رداً على ذلك ، أن رأى الخبير قد يكون محلاً للشك ، بسبب المجاملة مثلاً ، فهل من الأفضل أن نعتد برأى محل شك ، وهو رأى الخبير ، أم برأى شخص غير متخصص ، وهو القاضى ! وفوق ذلك ، فالراجح ، أن القاضى لا يستطيع أن يكتفى لعدم إختصاصه ، بإستشارة الكتب والمراجع الطبية ، فمثل هذا المنهج لا

---

(١) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٣١٦ – ص٦١٩ وهامش رقم (٢) Cass. Grim : 3/7/1969. Sem. Jurid. 1970. 2. 16447 .

يجوز الإعتماد عليه وحده ، إذ كثيراً ما يؤدى إلى التناقض ، فما يقدمه للقاضى لا يتجاوز « شبه المعرفة » التى تعجز عن أن تكون عوناً له فى الفصل فيما يثور أمامه من مشكلات قانونية ، ولهذا ، فمن المسلم أن الخبراء فقط هم الذين يتوافر لديهم الإختصاص الحقيقى ، وهذا يبين كيف يجب تفسير حرية التقدير التى تكون فى مواجهة الخبرة الطبية .

إن تبرير هذه الحرية يكمن فى ذلك الإنتقال الذى يجب أن يمارسه القاضى ، حتماً ، عند إستخدام تقرير الخبير ، من المجال الفنى إلى المجال القانونى . إذ على القاضى ، خلال هذا الإنتقال أن يعتد بمجموع العناصر التى إستطاع تجميعها حول المسألة محل النزاع ، كما أن تقدير المشكلات الفنية نفسها ، يجب أن يتم فى إطار العوامل النفسية والإنسانية التى ترتبط بها . ومن هنا يباح للقاضى حرية التقدير الحر للمعطيات الفنية ، التى لا يجوز إستخدامها مباشرة بطريقة مجردة ، فحرية التقدير التى يتمتع بها القاضى ، تتجه إذاً ، إلى جعل هذه المعطيات الفنية قابلة للإستعمال فى المجال القانونى (١) .

هذا التبرير لحرية القاضى ، فى تقدير تقرير الخبير ، يحدد فى نفس الوقت ، حدود هذه الحرية ، ويبين مغزاها الحقيقى ، فإذا كان القاضى غير ملزم قانوناً بإتباع التقرير الفنى للخبير ، إلا أنه يكون ملتزمًا به فنيًا ، لأن اللجوء إلى الخبير إنما قد تم بسبب عدم إختصاص القاضى بالشئون الطبية . ولكن ، عندما يقوم القاضى بنقل تقرير الخبير من المجال الفنى إلى المجال القانونى ، وهو ما يدخل فى صميم إختصاصه ، فإن عناصر أخرى تتدخل ، ويجب أن

---

(١) بينو – المسئولية المدنية – بند ١٢٩ – ص١٤٣ . عن د. محسن البيه – السابق – بند ١٩٨ – ص١٧٦ ، ١٧٧ وهامش رقم (١) .

يعتد بها على المستوى القانوني . وأي تفسير أخر ، لحرية القاضي في مواجهة تقرير الخبير ، من شأنه أن يؤدي إلى خلط الواقع بالقانون . فعلى المستوى الفني ، حيث يكون القاضي غير مختص ، فإن إختصاص الخبير لابد أن يفرض نفسه . أما على المستوى القانوني ، فإن إختصاص القاضي ، يسترد كامل فاعليته ، بحيث يصبح تقرير الخبير ، أحد العناصر الخاصة ، ضمن مجموع العناصر التي يؤسس عليها القاضي حكمه . هذا هو مقتضى القواعد العامة ، والتي لا يوجد أي سبب منطقي يبرر الخروج عليها في مجال الخبرة الطبية (١) .

٤٣٩ - ثالثا : تقدير عمل الخبير :

من المستقر عليه في قضاء محكمة النقض المصرية ، أن سلطة المحكمة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى كاملة ، بإعتبارها الخبير الأعلى في كل ما تستطيع الفصل فيه بنفسها . كما أن الإستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها . كما أن لها أن تفاضل بين تقارير الخبراء بغير معقب ، ولها أن تأخذ برأي خبير دون أخر (٢) ، كما أن لها أن تجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره . ولها أن تعين خبيراً يرجح الرأي الفني الواجب الأخذ به عندما يختلف الخبراء في الرأي .

وأيضاً ، فإن على المحكمة ، متى واجهت مسألة فنية ، أن تتخذ ما تراه من الوسائل لتحقيقها ، بلوغاً إلى غاية الأمر فيها ، وأنه وإن كان لها أن تستند في حكمها إلى الحقائق الثابتة علمياً ، إلا أنه لا يحق لها أن تقتصر في تفنيد تلك المسألة على الإستناد إلى ما إستخلصه أحد

---

(١) د. محسن البيه - السابق - بند ٩٨ - ص١٧٧ . وهامش رقم (٢) .

(٢) نقض مدني - جلسة ١٩٥٠/١/١٧ - س١ - رقم ٨٨ - ص٢٨١ .

علماء الطب الشرعى ، فى مؤلف له ، بمجرد رأى عبر عنه بلفظ ، ربما الذى يفيد الإحتمال [1] .

كما لا يجوز للمحكمة أن تفند رأى خبير فنى فى مسألة فنية بشهادة الشهود. ومتى تعرضت المحكمة لرأى الخبير الفنى فى مسألة فنية بحت ، فإنه يتعين عليها أن تستند فى تنفيده إلى أسباب فنية تحمله ، وهى لا تستطيع فى ذلك أن تحل محل الخبير فيها [2] .

---

(١) نقض مدنى - جلسة ١٠/٤/١٩٦٢ - س١٣ - رقم ٨٤ .

(٢) نقض مدنى - جلسة ٢٣/١/١٩٧٢ - س٢٣ - رقم ٢٦ .

الفرع الثانى
سلطة المحكمة فى تقدير الخطأ الطبى

٤٤٠ - أولاً : ضرورة توخى القاضى الدقة والحذر عند تقدير المسائل الفنية :

تطبيقاً للقواعد العامة ، فإنه متى كان إلتزام الطبيب ببذل عناية، وقدم المريض بإعتباره مدعياً ، دليلاً على إهمال أو تهاون الطبيب فى بذل هذه العناية ، أو أنه قد خالف القواعد الفنية المستقرة كان لقاضى الموضوع أن يقدر هذا الدليل ، دون معقب عليه من محكمة النقض ، كى يتحقق من حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله ، لأن هذه الأمور من مسائل الواقع .

وإذا كان الغالب أن يتقدم المريض (المدعى) للبرهنة على قيام مجموعة من القرائن الدالة على خطأ الطبيب ، فيجب لإعتماد القاضى مثل هذه القرائن أن تكون واضحة للدلالة على الأمر الذى يراد إثباته ، وهو هنا خطأ الطبيب ، ورابطة السببية بينه وبين الضرر. كما يجب فى هذه القرائن ، وهى مجرد قرائن واقع ، ألا تستند فقط إلى مجرد الإستنتاج بمفهوم المخالفة . وتعد هذه إحدى المسائل التى تظهر فيها الفائدة الحقيقية للتمييز بين الخطأ العادى للطبيب ، وخطئه الفنى أو المهنى .

فبالنسبة للخطأ العادى ، وهو الذى يتمثل فى التقصير فى بذل العناية اللازمة للمريض ، والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص ، فإن القاضى يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ الذى يقع فى مجال الأعمال العادية والواجبات الإنسانية للطبيب، كعدم الحصول على رضاء المريض ، مثلاً .

أما بالنسبة للخطأ الفنى أو المهنى ، فإن تقدير القاضى له يجب أن

يحاط بضمانتين أساسيتين ، فمن ناحية أولى ، يجب على القاضى، عند تقديره الخطأ الفنى للطبيب أن يتحلى بالحكمة والحذر إلى الغاية، فلا يعترف بوجود هذا الخطأ ، إلا إذا ثبت له ثبوتاً قاطعًا أن الطبيب قد خالف عن جهل أو تهاون الأصول الفنية الثابتة ، والقواعد العلمية الأساسية التى لا تدع للشك أو النقاش مجالاً ، والتى يفترض فى كل طبيب من مستواه أن يعرفها . أما إذا كان الفعل الذى ينسب إلى الطبيب يتصل بمسائل علمية محل خلاف ، ولا يزال يدور حولها النقاش والجدل ، فليس للقاضى أن يقحم نفسه فى هذا النقاش العلمي للترجيح بين وجهات النظر ، وإتخاذ موقف معين فيها ، إنما يجب عليه أن يعتبر الطبيب غير مخطئ وغير مسئول . ومن ناحية ثانية ، لا يستطيع القاضى ، بسبب عدم توافر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية أن يتصدى بنفسه لمناقشة هذه المسائل ، وأن يقدر بنفسه خطأ الطبيب فى هذا المجال . ولذلك ، فإن على القاضى أن يتوجه إلى المتخصصين من الخبراء من أهل الطب ، من أجل إستيضاح الأمر ، وتقديم الضوء الذى على أساسه يمكن مقارنة سلوك المدين على سلوك الطبيب الوسط الحريص على مهنته (١) .

وأيضًا ، فلا يسوغ للمحكمة أن تستند فى دحض ما قال به الخبير الفنى فى المسائل الفنية البحتة إلى معلومات شخصية ، بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير فى هذا الشأن أن تستجلى الأمر بالإستعانة بغيره من أهل الخبرة ، لكون ذلك من الأمور التى لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها (٢) .

ومن التطبيقات القضائية ، فى هذا الشأن ، ما قضت به محكمة

---

(١) راجع د. محسن البيه – السابق – بند ٩٤ ص١٦٩ – ١٧١ .

(٢) نقض جنائى – جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٠ – طعن رقم ١٠٦٧٨ – لم ينشر بعد – مشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

النقض المصرية ، من أنه متى كان يبين من الإطلاع على مدونات الحكم الإبتدائى الذى إعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه ، أنه حصل واقعة الدعوى بما مجمله أن المجنى عليه توفى على إثر تعاطيه حقنة تحتوى على مادة البنسلين ، كان الطاعن وهو طبيب الإدارة الصحية للشركة التى يعمل بها المجنى عليه قد قرر علاجه بها ، وبعد أن أورد الحكم مضمون الأدلة التى أقام عليها قضاءه . ودفاع الطاعن خلص إلى عدة تقريرات تساند إليها فى إدانته للطاعن ، من بينها قوله « أن ما ذهب إليه الطبيب المتهم وأيدته فيه الممرضة التى تعمل تحت رئاسته من أن الحقنة التى توفى المجنى عليها من أجلها على إثرها ، هى الحقنة الثانية من بين الحقن الثلاث التى وصفها له ، لا يقبل عقلاً، ولا يمكن التسليم به . لأنه طالما كان من المقطوع به ببساطة أن المجنى عليه المذكور مصاب بحساسية ضد مثل هذا العقار ، فإنه لا يتصور تعاطيه له لأول مرة ، دون أن يتعرض من جراء ذلك لأية مضاعفات ، على نحو ما إدعاه الطبيب المتهم ، ثم ملاقاته الموت فور تعاطيه له للمرة الثانية ، أو بعد ذلك بفترة وجيزة أقصاها عشرة دقائق ، رغم كل محاولات إسعافه » . لما كان ذلك ، وكان ما أورده الحكم فى هذا الشأن يتعارض مع ما نقله عن تقرير الطب الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث . ولو كان قد تكرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة . وأنه ، وإن كان الأصل أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المعروضة على بساط البحث . وهى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها . إلا أنه من المقرر أنه متى تعرضت المحكمة لرأى الخبير فى مسألة فنية بحتة ، فإنه يتعين عليها أن تستند فى تغييره إلى أسباب فنية تحمله . وهى لا تستطيع فى ذلك أن تحل محل الخبير فيها ، لما كان ذلك ، فإن ما قال به الحكم على خلاف ما ورد بتقرير الطبيب الشرعى مجرداً من سنده فى ذلك ، لا يكفى بذاته لإهدار هذا التقرير ، وما حواه من أسانيد فنية . وكان

خليقًا بالمحكمة، وقد داخلها الشك فى صحة هذا الرأى ، أن تستجلى الأمر عن طريق المختص فنيًا . أما وهى لم تفعل ، فإن حكمها - فضلاً عن فساده فى الإستدلال - يكون معيباً بالقصور (١) .

ولنأخذ مثالاً على ذلك خطأ الجراح ، ذلك أن مسألة تقدير الخطأ الجراحى تقتضى توخى الكثير من الدقة والحيطة ، حيث يتطلب الأمر الخوض فى مسائل فنية تدفع القاضى إلى الإستعانة بمشورة الخبراء بصفة مستمرة (٢) .

ولبيان ذلك ، نسوق المثال الآتى ، وهو يتعلق بواقعة إجراء عملية لفتاة بغرض إستخراج حصوة من المثانة ، فبعد أن فرقت المحكمة بين خطأ الطبيب الفنى وخطئه المادى ، إنتهت إلى إدانته عن خطئه وإهماله اللذان كان لهما الأثر المباشر فى حدوث الإلتهاب البريتونى الذى أدى إلى وفاتها . وقد ساقت المحكمة - كأساس لحكمها - الأدلة الآتية :

أولاً : أنه لم يضع درنغة داخلية ، والحالة توجب ذلك ، ولا وضع قسطرة لتحل محل الدرنغة المذكورة ، وليراقب البول بها .

ثانياً : وإذا سلم بأنه وضع القسطرة ، فإنه لم يراقب البول ، وكان واجبًا عليه ، مادام يرى إتخاذ القسطرة وسيلة للدرنغة الداخلية ، إما أن يبقى المريضة فى عيادته ، وتحت ملاحظته المستمرة، وإما أن يتردد عليها يوميًا لمراقبة تطورات البول (وقد تبين من أقوال حضرة الدكتور سرور أنه لا يسمح فى حالة كهذه بإنتقال المريض قبل سبعة أيام ، وأنه يؤخذ على أهل المريض إقرار بمسئوليتهم ، إذا حتموا نقل مريضهم) ... كما أن الطبيب ... لم يتوجه للمريضة فى هذه القضية

---

(١) عن جرائم القتل والإصابة الخطأ - معوض عبد التواب - طبعة ثانية منقحة - ١٩٨٤ - ص٣٢٢ .

(٢) راجع د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م - ص٨٥ .

إلا بعد يومين ، وبناء على طلب أهلها ، فوجد إرتفاعًا فى حرارتها ، كان سببه بلا شك عدم مراقبة البول منذ عمل العملية ، وعدم إجراء الدرنغة الداخلية .

ثالثاً : كان واجباً عليه ساعة أن زارها ، ورأى الحرارة مرتفعة ، أن يشق ثانية المثانة ، ويدرنغها ولكنه لم يفعل ذلك . وقد أجمع الأطباء بضرورته . وقالوا أنه كان إجراءاً مفيداً للمريضة ، وأنه إجراء حتمى على أية حال .

رابعاً : مع عدم صلاحية الدرنغة الخارجية كوسيلة ... للتصرف ، فإنه وضع الدرنغة فى أعلى الجرح بطريقة غير أصولية ، بإجماع حضرات الأطباء .

خامساً : على فرض أنه وضعها بأسفل الجرح حسب الأصول ، فإنه لم يزر المريضة إلا مرة واحدة ، وبعد يومين من تاريخ نقلها ، فأهمل بذلك تغيير الدرنغة الخارجية التى يلزم – حسب رأيه هو – تغييرها كل ٢٤ ساعة ، مما يجعلها مشبعة بالسائل ولا فائدة فيها . وهذا يساعد على إمتداد الإلتهاب الذى ظهرت آثارها يوم زيارته لها بإرتفاع الحرارة ، وبعد ارتفاع الحرارة لم تكن الدرنغة الخارجية وسيلة صالحة ، لأنه كان يجب الشق على المثانة ، ودرنغتها درنغة داخلية ، كإجماع الأطباء .

سادساً : أنه وصل إلى البريتون أثناء خياطة الجرح بغرزة ، وهذه الغرزة إن لم تكن سبباً مستقلاً كافياً لإحداث التهاب بريتونى، فإنها لا شك من الأسباب التى ساعدت على إمتداد عدوى المثانة إلى البريتون ، كما قرر الدكتور عبد العزيز حلمى ، وعبد الوهاب مورو .

سابعاً : إن هذه الأسباب مجتمعة كافية فى نظر المحكمة لإعتبار أن الإلتهاب البريتونى ناتج عن إلتهاب العدوى المثانية الناتجة عن عدم درنغة المثانة درنغة داخلية ، وعدم مراقبة البول ، لمعرفة ما إذا كان به صديد أم لا ، وعدم الشق على المثانة وقت حصول إرتفاع الحرارة

فوراً، مما جعل الصديد يتراكم ، ويمتد إلى الأنسجة الخلوية على الوجه المبين بالصفة التشريحية . وأن الإلتهاب البريتونى الناشئ عن إمتداد هذه العدوى إلى البريتون . وقد نشأت عند الوفاة مباشرة (١).

أما فى نطاق الخطأ العادى ، فكما قلنا سلفًا ، فإن القاضى يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ ، كترك الجراح فى الجرح قطعة من القطن أو الشاش ، أو آلة من الآلات الجراحية ، مما يتسبب نشوء تقيحات والتهابات تؤدى بحياة المريض .

ففى إحدى القضايا ، والتى أجريت فيها الجراحة بنجاح . وبعد ستة اشهر أصيب المريض بآلام حادة ، وإرتفاع غير مفهوم فى درجة الحرارة ، ولم تجد معه كافة الأدوية . ولم يكن هناك بد من إعادة فتح الجرح ، وإذ تم فتحه عثر على الشاش المتعفن « لتبلله بالماء » . ورغم إستخراجه إلا أن المريض مات بعد عدة أيام تأثراً بالتقيحات والإلتهابات ، والآثار السيئة لذلك الخطأ . دفع الجراح بمسئولية الممرضة ، ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع ، حيث قررت أن من واجب الطبيب أن يتأكد من نقاء الجرح قبل قفله ، وأن يتأكد من عدد قطع الشاش المستعملة . ولا يكفى مجرد سؤال الممرضة عما إذا كانت قد راجعت العدد . لا شك أن مثل هذا السؤال يلقى بجانب من المسئولية على الممرضة ، إلا أن ذلك لا يعفى الجراح من المسئولية (٢) .

على أنه – وفى مجال الجراحة أيضًا – فإن القضاء مستقر على قبول وجود قدر ضرورى من المخاطر ، مرتبطة بطبيعة التدخل الجراحى ذاته . فقد رفض إقامة مسئولية الجراح عن وفاة طفل تم نقله إليه بسرعة لإجراء عملية جراحية ، تمت بالعناية المطلوبة ،

---

(١) محكمة الجيزة فى ٢٦ يناير ١٩٣٥ – محاماة س١٥ – ص٤٧١ .

(٢) عن د. منصور – السابق – ٢٠٠٦م – ص٨٧ .

ولكنها لم تنجح بسبب عدم إحراز الطب فى هذا الميدان للتقدم العلمى الكافى (١) .

وعند تعذر تحديد الخطأ ، فإن مسئولية الجراح لا تقوم كذلك ، ومن ذلك ما حدث عندما تعرضت سيدة لكسر شديد بالجمجمة فى حادث سيارة ، ثم تم إدخالها غرفة العمليات مباشرة . وقد إستقرت حالة المريضة بعد العملية على فقد إبصار إحدى العينين وحاسة الشم. تقدمت السيدة بشكوى تطالب فيها بمسئولية الجراح عن تلك العاهة ، إلا أنها حفظت حيث تعذر على الطب الشرعى تحديد ما إذا كانت الإصابة بسبب الحادث ، أم بسبب خطأ فى الجراحة .

٤٤١ - خضوع التكييف القانونى للفعل أو الترك لرقابة محكمة النقض :

بيد أن تحديد القاضى للوصف القانونى لسلوك المدعى عليه (وهو هنا الطبيب) وإعتباره خطأ ، لإنحرافه عن المألوف من سلوك الطبيب الوسط ، من نفس مستواه المهنى ، هو مما يتصل بمسائل القانون ، إذ أنه يتعلق بالتكييف القانونى للفعل ، ولذلك ، فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

وقد إستقرت محكمة النقض المصرية على أن تحقق حصول الفعل أو الترك ، أو عدم حصوله ، يعد من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا معقب لتقديره . إلا أن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، يعد من المسائل القانونية التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (٣) .

---

(١) عن د. منصور - السابق - ٢٠٠٦م ص٨٦ وهامش رقم (١) Civ. 26 jan. 1970 B.C.I.n. 34. crim 13 mars 1971 B.Crim. n. 78 .

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٥/٥/٢٠ - س١٦ - رقم ٩٩ - ص٦١٤ .

(٣) نقض مدنى مصرى فى ١٩٢٤/١/١١ - مجلة القانون والاقتصاد - س٤ - ملحق العدد الثالث - ص٥٢ ، والمحاماة - ١٤ - ١ - ٢١٩ - ٢ .

كما إستقرت على أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية ، مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، مادام هذا الإستخلاص سائغًا ، ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى ، إلا أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ، أو نفى هذا الوصف عنه ، من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض ، وأن رقابة المحكمة الأخيرة ، تمتد إلى تقدير الوقائع ، فيما يستلزمه التحقيق ، من صحة إستخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التى كانت لها أثر فى تقدير الخطأ ، وإستخلاصه [١] .

كذلك قضت بأن تكييف الفعل بأنه خطأ موجب للمسئولية التقصيرية ، يعتبر من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض [٢] .

أيضًا ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى مد سلطانها ، وفرضت رقابتها على تقدير الوقائع التى يثبتها قاضى الموضوع ، حتى تتحقق من صحة إستنباط الخطأ من هذه الوقائع ، فحتمت على محكمة الموضوع أن تبين العناية التى كان يجب على المتسبب فى الضرر بذلها ، فأهملها ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من الرقابة على صحة الإستنباط [٣] .

ونحن أيضًا نرى ، مع محكمة النقض الفرنسية ، ضرورة بيان محكمة الموضوع لوجه العناية التى كان يتعين على الطبيب المسئول

---

(١) نقض مدنى – جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧ – س٣١ – ص٩٣٠ . عن مؤلفنا فى «المسئولية المدنية للأطباء والجراحين» – الطبعة الأولى ٢٠٠٧ – ص٦٠٨ .

(٢) نقض مدنى – جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠ – رقم ١٢٣١ – س٣٠ – ص٢٣٦ . عن مؤلفنا فى «المسئولية المدنية للأطباء والجراحين» – ص٦٠٨ .

(٣) عن د. محمود سعد – السابق – بند ٢١٧ – ص٦٢٠ وهامش رقم (١) ، راجع مؤلفنا السابق – ص٦٠٩ Cass. civ : 9.7.1935. s : 1936.1.29 .

بذلها ، ولكنه مع ذلك أهملها ، مما أدى إلى وقوع الضرر ، بحيث تتمكن محكمة النقض ، من فرض رقابتها على تقدير الوقائع ، التى يثبتها قاضى الموضوع .

فالحكم الذى يقرر أن الثابت من الإطلاع على أوراق الدعوى ، ومستنداتها ، وتقرير اللجنة المشكلة من مديرية الشئون الصحية ، وما جاء بأقوال المدعى عليهم بتحقيقات النيابة العامة ، من أنهم باشروا حالة المجنى عليه ، ومن أقوال المدعى ، أن هناك خطأ قد حدث فى تناول حالة الطفل ... أدى إلى بتر ساقه اليسرى ، وإقامة المسئولية على الأطباء ، الذين باشروا حالته ، للإهمال فى علاجه ، مما أدى إلى حصول الغنغرينا فى ساقه ، وبالتالى بترها . هذا الحكم يكون قد جاء قاصراً ، لعدم بيانه وجه العناية التى قصر الأطباء المدعى عليهم فى بذلها ، مما أدى إلى وقوع الضرر المذكور .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى ، فى أن المدعى الأول ، كان قد أدخل زوجته المدعية الثانية إلى مستشفى ... وتم حجزها لتوليدها بالقسم الإقتصادى بالمستشفى ، والتى يعمل بها المدعى عليهم ، من الثالثة ، حتى السادسة ، تحت رئاسة المدعى عليه الثانى بصفته ، وأنه على الرغم من أن جميع الظروف ترجح إجراء الولادة طبيعياً ، إلا أنه قد تم إجراؤها بإستخدام جهاز الشفط المسمى (الفونتوز) ، مما أدى إلى خروج الجنين ، وبه جرح بأعلى الرأس . وإذا إستعان المدعى بالمدعى عليهم من الثالثة حتى السادسة ، بصفتهم المسئولين عن عملية الولادة ، ومتابعة حالة الأم والمولود ، أفادوا بأن الحالة عادية ، ثم قاموا بوضع الطفل بالحضانة ، لمدة ثلاثة أيام ، إلا أن حالة الطفل الصحية قد ساءت ، نتيجة لإستعمال العديد من « الكانيولات » فى وريد الساق اليسرى للمولود ، مما أدى إلى تورمها بشدة. وإذ أحضر المدعى طبيباً متخصصاً ، لمباشرة حالة الطفل ، من خارج المستشفى الموجود بها الطفل ، أفاد بحدوث غنغرينا بالساق اليسرى للمولود ، تسببت عن

التلوث الحادث من إدخال « الكونيولات » ، كما أوصى بنقل الطفل إلى مستشفى أخر ، فتم نقله إلى مستشفى الشاطبى الجامعى ، حيث تم إجراء عملية بتر الساق المذكور ، من فوق الركبة[١] .

تم بحمد الله

(١) محكمة الإسكندرية الإبتدائية - الدعوى رقم ٨٣٣١ لسنة ٢٠٠٥ - جلسة ٢٧/١/٢٠٠٧ . عن مؤلفنا السابق - ص٦٠٩ ، ٦١٠ .

قائمة بأهم مراجع الكتاب

أولاً : المراجع الشرعية :

١- ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى - ١٤١٠هـ — دكتور / محمد أحمد سراج

٢- نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة دراسة فقهية مقارنة - ٢٠٠٦ . — دكتور أسامة السيد عبد السميع

٣- مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذرى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى . — دكتور محمود محمد عبد العزيز الزينى

• ثانياً : المراجع العامة (المدنية) :

١- المسئولية المدنية فى القانون المصرى - الطبعة الثانية - ١٩٤٤ . — مصطفى مرعى

٢- المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - الطبعة الأولى ١٣٧٦ - ١٩٥٦ . — حسين عامر

٣- أصول الإلتزامات - الجزء الأول فى مصادر الإلتزام القاهرة ١٩٦٠ . — الدكتور سليمان مرقس

٤- فى النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثانى - أحكام الإلتزام والإثبات - ١٩٦٧ . — دكتور إسماعيل غانم

٥- فى النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - الفعل الضار ١٩٦٨ . — دكتور إسماعيل غانم

٦- الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المصرى - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨ . — الدكتور محمود جمال الدين زكى

٧- الوسيط فى شرح القانون المدنى (١) - المجلد الأول- العقد - الطبعة الثالثة ١٩٨١. — الدكتور عبد الرزاق السنهورى

٨- الوسيط فى شرح القانون المدنى (٢) - المجلد الثانى - العمل الضار والإثراء بلا — الدكتور عبد الرزاق السنهورى

سبب والقانون – الطبعة الثالثة ١٩٨١ .
٩- المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد – ١٩٧٣ . — حسن عكوش
١٠- التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه – الجزء الأول فى الإلتزامات – ١٩٨٠ . — محمد كمال عبد العزيز
١١- الوجيز فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام – الطبعة الثانية ١٩٩٧ . — الدكتور عبد الرزاق السنهورى
١٢- المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء – ١٩٨٠ . — عز الدين الدناصورى ود. عبد الحميد الشواربى
١٣- المرشد فى قانون الإثبات . — المستشار يحيى إسماعيل
١٤- التعليق على قانون الإثبات – الطبعة التاسعة – نوفمبر ١٩٩٩ . — عز الدين الدناصورى وحامد عكاز

• ثالثا : المراجع العامة (الجنائية) :

١- جرائم القتل والإصابة الخطأ – طبعة ثانية ١٩٨٤ . — معوض عبد التواب
٢- المسئولية الجنائية للعاملين بالدولة والقطاع العام عن الإهمال والخطأ الجسيم – الطبعة الأولى ١٩٦٨ . — أنور العمروسى وأحمد المنوفى
٣- جرائم الإهمال – الطبعة الثالثة – ١٩٦٥ . — الدكتور أبو اليزيد على المتيت
٤- شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – الطبعة الثالثة ١٩٥٣ . — الدكتور محمود محمود مصطفى
٥- شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة السابعة ١٩٦٧ . — الدكتور محمود محمود مصطفى
٦- الإجراءات الجنائية – الطبعة الثانية . — دكتور محمد زكى أبو عامر
٧- نظرية الدفوع فى قانون الإجراءات الجنائية – ٢٠٠٣ . — المستشار الدكتور مدحت محمد سعد الدين

٨- المرصفاوى فى أصول الإجراءات الجنائية - ١٩٨٢ ، الطبعة الأخيرة . — دكتور حسن صادق المرصفاوى

• رابعاً : المراجع المتخصصة (المدنية) :

١- المسئولية الطبية - منشأة المعارف . — دكتور محمد حسين منصور
٢- عقد العلاج الطبى ١٩٨٦ . — دكتور محمد السعيد رشدى
٣- الخطأ الطبى - ١٩٨٧م . — الدكتورة وفاء حلمى أبو جميل
٤- مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - رسالة دكتوراه . — الدكتور أحمد محمود سعد
٥- نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية فى ظل القواعد القانونية التقليدية - ١٩٩٣ . — الدكتور محسن عبد الحميد ابراهيم البيه
٦- تعويض ضحايا مرض الإيدز والإلتهاب الكبدى الوبائى بسبب نقل دم ملوث - ٢٠٠٧ . — دكتور أحمد السعيد الزقرد
٧- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - الطبعة الأولى ٢٠٠٥ . — المستشار الدكتور رمضان جمال كامل
٨- المسئولية الطبية - ٢٠٠٦م . — دكتور محمد حسين منصور
٩- عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون - رسالة دكتوراه . — دكتورة سميرة عايد الديات
١٠- التلقيح الصناعى وتغيير الجنس - ١٩٩٠ - ١٩٩١ . — دكتور على حسين نجيدة
١١- المسئولية الطبية فى الجراحة التجميلية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية ١٩٩٥ . — الدكتور منذر الفضل
١٢- المسئولية المدنية فى مجال طب وجراحة الأسنان ٢٠٠٤ . — الدكتور محمد عبد الظاهر حسين
١٣- إثبات الخطأ فى المجال الطبى - ٢٠٠٦ . — دكتور محمد حسن قاسم

• خامساً : المراجع المتخصصة (الجنائية) :

١- المسئولية الطبية فى قانون العقوبات – رسالة دكتوراه – ١٩٥٢ . — الدكتور محمد فائق الجوهرى

٢- الخطأ الطبى أمام القضاء الجنائى – ١٩٩٣. — دكتور محمد سامى الشوا

٣- المسئولية الجنائية للطبيب – ٢٠٠٥ . — دكتور محمود القبلاوى

٤- المسئولية الجنائية للهندسة الوراثية فى الجنس البشرى – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ٢٠٠٦ . — دكتور أحمد حسام طه تمام

• سادساً : المراجع المشتركة (مدنية وجنائية) :

١- المسئولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق – بيروت – الطبعة الأولى ١٩٨٤ . — بسام محتسب بالله

• سابعاً : الأبحاث والمجلات القانونية :

١- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – مجلة القانون والإقتصاد – العدد الأول – السنة الثانية عشرة . — الدكتور وديع فرج

٢- مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية – مجلة القانون والإقتصاد – السنة ١٨ . — الدكتور محمود محمود مصطفى

٣- مجلة القضاة – العدد الثامن – سبتمبر ١٩٧٣ .

٤- مجلة القضاة – العدد التاسع – سبتمبر ١٩٧٥ .

٥- مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة السابعة – العدد الثانى – أبريل – يونيو ١٩٦٣ .

٦- مجلة الأمن العام - العدد ١١٨ - السنة الثلاثون - يولية ١٩٨٧ .

• ثامنًا : مجموعات الأحكام :

١- مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية (سنوات مختلفة) .

٢- مجموعة أحكام محكمة النقض الجنائية (سنوات مختلفة) .

٣- قضاء النقض فى المواد المدنية - الجزء الثانى- المجلدان الأول والثانى - طبعة نادى القضاة ١٩٩٤ . — **المستشار عبد المنعم دسوقى**

٤- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى تطبيق قوانين العقوبات فى خمسين عامًا ١٩٣١ - ١٩٨٣ - طبعة نادى القضاة - ١٩٩١ (أربعة أجزاء) . — **المستشار الصاوى يوسف القبانى**

٥- مجموعة أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى جريمتى القتل والإصابة خطأ - الطبعة الأولى ١٩٥٨ . — **محمد خطاب وشفيق رزيق**

فهـرس الكتـاب

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة